عدد ابیات شانزده هزار بیت

۵۶۵

بسم [illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الحمد لله وسلام على عباده الذين اصطفى وبعد فيقول الجاني الفاني اسير الآمال والاماني محمد حسن بن عبد الله المامقاني ان هذا هو الجزء الثاني من كتابنا المسمى بغاية الآمال اسأل الله ان يوفقنا لاتمامه على احسن الاحوال ويجعله ذخرا لنا يوم لا ينفع لسانه ولا مال انه لطيف بعباده قادر على انفاذ مراده قوله وهو في الاصل كما عن المصباح مبادلة مال بمال اقول في المصباح باعه يبيعه بيعا ومبيعا فهو بايع وبيع واباعه بالالف لغة قاله ابن القطاع والبيع من الاضداد مثل الشرى ويطلق على كل واحد من المتعاقدين انه بايع لكن اذا اطلق البايع فالمتبادر الى الذهن باذل السلعة الى ان قال والاصل في البيع مبادلة مال بمال لقولهم بيع رابح وبيع خاسر وذلك حقيقة في وصف الاعيان لكنه اطلق على العقد مجازا لانه سبب التمليك والتملك وقولهم صح البيع او بطل ونحوه اي صيغة البيع لكن لما حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه وهو مذكر اسند الفعل اليه بلفظ التذكير انتهى ولا يخفى عليك ان باذل السلعة واخذ الثمن ليس الا معنى النقل بعوض وكذا المبادلة ليست الا عبارة عنه وقوله ان الاصل هي المبادلة انما هو في مقابل ما تفرع عليه من اطلاقه على العقد مجازا او قد يراد المعاملة الخاصة التي هي امر معنوي قائم بالطرفين فالحق الاعم وهذا هو المناسب في نحو قوله تعالى احل الله البيع وقوله سبحانه رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وقوله عز وجل فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع والتجارة وقولهم كتاب البيع واقسام البيع واحكام البيع ولوصف البيع بالصحة والفساد واللزوم والجواز وافراده بالمعاملات كالاجارة والصلح ونحوهما وفي تعريف البيع بهذا المعنى بانه معاملة موضوعة لتمليك عين بعوض وتملكها به انتهى ولكن الاستعمال في الموارد المذكورة لا يدل على الحقيقة لكون الاستعمال فيها بتلك العلاقة ولعلها ما ذكرنا من النكتة في التعبير بالمبادلة التي هي مفاعلة تقتضي القيام بالطرفين فان النقل بعوض لا يتحقق الا

بباذل العوض كما في المعاملة فانها انما تطلق على مصاديقها باعتبار قيامها بهما وهو واضح قوله والظاهر اختصاص المعوض بالعين اه هذا الاستظهار من لفظ البيع لا من تفسير المصباح حتى يقال ان المال ان كان ظاهرا في العين فكيف نفي الاشكال عن جواز كون العوض المنفعة غاية ما في الباب ان لازم ما استظهره هو ان يكون المراد بالمال الاول في التفسير المتقدم هو العين ومحصل المقام انه لا بد من كون المبيع عينا كذلك يصح ان يكون منفعة ولا فرق بين كون كل من المبيع وعوضه كليا وبين كونه شخصيا بل يصدق المعنى العرفي للبيع مع عدم ملكية احد العوضين كما في بيع الخمر والخنزير او الشراء بشيء منهما غاية الامر عدم صحته شرعا وهو غير مانع من الصدق عرفا خلافا للعلامة في التذكرة حيث اعتبر مملوكية المبيع فانه قال وهو انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي فلا ينعقد على المنافع ولا على ما لا يصح تملكه ولا مع خلوه عن العوض المعلوم ولا مع الاكراه انتهى ولا يخفى عليك انه ان اراد تعريف البيع الصحيح فهو اخص مما ذكره وان اراد تعريف الاعم فهو اعم مما ذكره فتدبر قوله كالخبر الدال على جواز بيع خدمة العبد المدبر الظاهر انه اراد بالخبر الجنس فانه قد تضمن ذلك اخبار عديدة ذكرها في الوسائل في كتاب التدبير في باب جواز اجارة العبد المدبر منها خبر السكوني عن جعفر بن محمد عليهما السلام عن ابيه عن علي عليه السلام قال باع رسول الله صلى الله عليه وآله خدمة المدبر ولم يبع رقبته قوله وبيع سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها في الوسائل مسندا الى اسحق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام قال سألته عن رجل في يده دار ليست له ولم تزل في يده ويد آبائه من قبله قد اعلمه من مضى من آبائه انها ليست لهم ولا يدرون لمن هي فيبيعها ويأخذ ثمنها قال ما احب ان يبيع ما ليس له قلت فانه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي ولا اظنه يجيء لها رب ابدا قال ما احب ان يبيع ما ليس له قلت فيبيع سكناها او مكانها

في يده فيقول ابيعك ما سكناي وتكون في يدك كما هي في يدي قال نعم يبيعها على هذا
وكالاخبار ببيع ارض الخراجية وشرائها فقوله ع في رواية المسئول فيها عن بيع ارض الخراج
قال ع ومن يبيعها هي ارض المسلمين قلت يبيعها الذي هي في يده قال ويصنع بخراج
المسلمين ماذا ثم قال لا بأس ان يشترى حقه منها ويحول حق المسلمين عليه ولعله
واما عمل الحر فان قلنا انه قبل المعاوضة عليه من الاموال فلا اشكال اه غرضه بهذا الكلام
هو البحث عن صيرورته عوضا لا مبيعا كما هو ظاهر فهو استدراك من نفي الاشكال
عن كون العوض منفعة ثم ان هذا الاشكال الكلام مشعر بان عمل الحر بعد المعاوضة
مال بل هو ظاهر في ذلك والمراد بكونه بعد المعاوضة كونه بعد وجود العمل عقيب
المعاوضة والا فمطلق كونه بعدها وان لم يباشر العمل لا يوجب تغيرا في حال العمل
يدخل بسبب ذلك في عنوان المال ثم انا نقول ان المراد بعمل الحر ان كان هو الاثر
العمل قبل الوجود معدوم وفي حال الوجود متدرج يوجد منه شيء وينعدم
ثم يوجد الاخر وهكذا فهو غير قار الذات كما انه بعد الفراغ منه فانه بالمرة غير موجود
اصلا فلا يقبل الاتصاف بعنوان المال في شيء من الاحوال لكن مع ذلك اطلاق كلام
المصنف ره لا يخلو عن اشكال لان اثر عمل الحر على قسمين محسوس كالحاصل من الصياغة
والخياطة ونحوهما وغير محسوس كالصلوة والصوم الصادرين ممن استوجر لهما والقسم
الاول مما لا بأس بصدق المال عليه وفي صدقه على القسم الاخير اشكال ان لم نقل
ان الظاهر عدم صدقه عليه ثم ان التقييد بالحر لاخراج العبد لان عمله مال كما لا كلام
فيدخل فيما ذكره بقوله واما العوض فلا اشكال في جواز كونه منفعة والغرض كون
عين الثاني مملوكا لمولاه فيتبعها اعماله التي هي منافعه ولكن هذا انما يتم على اطلاقه
لا يخلو عن اشكال لان صدق المال على ما كان من اعماله غير محسوس الاثر مشكل بل
دعوى الظن على عدمه ولا مضايقة في كون اعماله مملوكة لمولاه بتبعية العين الا ان مجرد

المملوكية

المملوكية لا يستلزم صدق المال الذي عليه الكلام وهو ظاهر ثم ان بعض من تاخر الزم
في المقام بان عمل الحر قبل وقوع المعاوضة عليه ليس مالا واستدل عليه بانه لا يحصل
الاستطاعة مع اعترافه بان عمل العبد قبل المعاوضة عليه مال وحكم مع ذلك بان عمل
الحر يصح ان يقع عوضا للمبيع للعمومات الدالة على مشروعية البيع بناء على صحة احراز القابلية
بها كما هو ظاهر الفقهاء وانت خبير بما فيه لما نبه عليه من ان مثل ما ذكره من عدم
حصول الاستطاعة بعمل الحر قبل المعاوضة عليه يجري في عمل العبد قبل المعاوضة
عليه فانه لا يحصل الاستطاعة بذلك لمولاه مع ان ما ذكره من التمسك بالعمومات
بناء على احراز قابلية المورد بها كما لا كرامة فيه فانا نمنع عن احرازها للقابلية وانما
الثابت في تحقيق المبنى لان مجرد البناء لا يفيد شيئا ثم اعترض على المصنف ره بان الاشكال
في ذلك من جهة اعتبار كون العوضين مالا في معناه بحسب اللغة مما لا وجه له لانا
ندفع التمسك بمثل قول المصباح اما بانه ليس بحجة في حقنا لعدم امكان العلم بمعنى
البيع واما بان نحمله على بيان الصنف الغالب وانت خبير بما فيه لان المصنف ره لم يستند
في الاشكال الا الى الاحتمال وبابه غير منسد ودعوى العلم بمعنى البيع تفصيلا على
وجه يرتفع الاشتباه مجازفة واضحة السقوط فلا ينبغي الاصغاء اليها فقوله ليس من
حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالا قبل المعاوضة كما يدل عليه ما تقدم
عن المصباح وجه دلالته واضح لان مقتضى كلامه وقوع المبادلة على المالين وهذا
لا يتحقق الا بتحقق المالية قبل المبادلة قوله واما الحقوق الاخر كحق الشفعة
وحق الخيار وصف الحقوق بالاخر بمعنى ان عمل الحر اذا استحقه غيره على ما هو مقتضى
للاستحقاق كالاستيجار مثلا انما هو من قبيل الحقوق والا فلا معنى للوصف المذكور
وذكر حق الشفعة وحق الخيار من باب المثال ولا خصوصية لهما ثم ان في صحة
جعل عوض المبيع شيئا من الحقوق مثلا فانه بين المتاخرين بعد اتفاقهم على ان المبيع لابد

من ان يكون عينا فاثبته صاحب الجواهر ره تمسكا باطلاق الادلة والفتاوى ونفاه بعض
الاساطين ره في شرحه على القواعد كما حكي عنه وفصل المعهود بين اقسام فجزم بالنفي فيما
لم يقبل المعاوضة بالمال وفيما لم يقبل النقل واستشكل فيما هو قابل للنقل في مقابلة المال وان
كان ماله الى النفي انتهى ولو بحكم الاصل فافهم في كلمة فان لم تقبل المعاوضة بالمال فلا
اشكال وكذا لم تقبل النقل آه يعني انه ان لم يقبلها فلا اشكال في عدم صحة جعله عوضا
في البيع ضرورة ان البيع من قبيل المعاوضات فكيف يصح ما ليس يقابل بالعوضية
عوضا هذا واعلم انه يمكن البحث في الحقوق عن امور احدها ثبوت الانتقال القهري
بالارث وهذا المعنى الحكم فيه فقد تسالم عليه فقهاؤنا في بعض افرادها كحق الخيار كما انه
على عدم ثبوته في بعض آخر كولاية الحاكم او الاب والجد والوصي مثلا واختلفوا في ثالث
كالشفعة ففي التذكرة عن السيد المرتضى رض ومن تبعه انها تورث ولا تسقط بموت
مستحقها ولا ترث مطالبته ان قلنا انها على التراخي او كان بعده ان قلنا على الفور
وعن الشيخ ره وجماعة من علمائنا انها غير موروثة واذا مات المستحق بطلت به
ثانيها سقوطها باسقاط المستحق ومعلوم ان هذا لا يتصور الا بالنسبة الى من عليه
الحق فلا يعقل الاسقاط بالنسبة الى ثالث بان يوجب الانتقال اليه وهذا على
ثلثة اقسام الاول ما هو معلوم السقوط بالاسقاط كالحقوق المالية من خيار
او شفعة وجملة وقد وقع التصريح بذلك من فقهائنا رض في موارد متفرقة والثاني
ما هو معلوم العدم كحق الابوة وحق الحضانة وحق ولاية الحاكم وامثال ذلك و
الضابط ان كل ما ليس حقا متمحضا لمن قام به مقابلا ومحضا فيه حسن حال غيره كما في
الامثلة المذكورة لا يسقط بالاسقاط وذلك لان الملحوظ في حق الابوة ليس هو مجرد
جانب الاب بل قد روعي فيه صلاح حال الولد ايضا وكذا الحال في حق الحضانة ومثلها
حق ولاية الحاكم فقد روعي فيه حسن حال الرعية والثالث ما هو مشكوك الحال كاسقاط

حق

حق الرجوع في جملة من العقود الجائزة من نحو الشركة والمضاربة وحق العزل في الوكالة
وحق المطالبة في القرض والوديعة والعارية ونحوها للمتكلم ليعلم انها قابلة للاسقاط
بجعل الشارع حقا بعوض لازمة بالعرض ام لا ثالثها نقلها الى غيره اختيارا الا بتنحي من
العقود التي جعلها الشارع اسبابا للنقل وهذا يتصور على وجهين لان المنقول
اليه اما ان يكون هو من عليه الحق او يكون غيره ويظهر اثر النقل في الوجه
الثالث لان الاجنبي المنقول اليه يقوم مقام الاصيل الناقل ويجري عليه ما كان
يجري عليه واما في الوجه الاول فانه يؤل الى الاسقاط لانه لا يعقل ان يقوم ذلك
الحق بنفسه على نفسه فيطالب نفسه باثاره فلا فرق بالنسبة الى من عليه الحق بين
ان يصالحه عن الحق او يبرئه منه ولا اشكال في جواز النقل بالنسبة اليه وان آل
الامر الى ما عرفت وانما يسري الاشكال في بادي النظر الى انه هل ثبت في الشرع
جواز نقل الحق الى الاجنبي ام لا فنقول يرتفع الاشكال بالرجوع الى كلماتهم قال في
القواعد ولو صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له صح ان كانت الدعوى دينا
او عينا وقال في جامع المقاصد اذا صالح الاجنبي المدعي على ما يستحقه في ذمة المدعى
عليه لنفسه صح الصلح ويكون المطالبة له لان الحق ينتقل اليه ولا فرق بين ان تكون
الدعوى دينا او عينا وينبغي ان يقال لا يخلو الحال من ان يكون المدعى عليه مقرا
او منكرا ثم المصالح اما ان يكون عالما بثبوت الحق في ذمة المدعى عليه او لا فان
كان المدعى عليه مقرا فلا بحث في صحة صلح الاجنبي لنفسه على كل حال ثم ان تمكن
من انتزاع ما صالح عليه فلا بحث والا فقد اطلق في الدروس ان له الفسخ لعدم
سلامة العوض وفي التحرير اطلق القول بصحة الصلح اذا كانت الدعوى دينا
والغريم معترف وحكى عن الشيخ ره القول بثبوت الفسخ لو كانت عينا والغريم
معترف ولم يصرح بشيء ويحتمل عدم ثبوت الفسخ في واحد من الموضعين

لان الصلح عقد مستقل بنفسه وليس مبنيا على المحاباة والمغابنة ولهذا يصح مع الجهالة وعلى
ما لا يعد مالا فيجب التمسك بعموم اوفوا بالعقود الى ان يدل دليل على خلافه ولعل
الشيخ ره بنى الفسخ على القول بان الصلح فرع البيع وان لم يكن المصالح عالما بثبوت
الحق في ذمة المدعى عليه وهو منكر نقد مال في التحرير الى عدم جواز الصلح وجوزه
في الدروس وظاهره انه اذا لم يتمكن من اثبات الحق عليه يفسخ وفي التذكرة
صرح بان جواز الدعوى من المصالح مشروط بعلم صدق المدعي المصالح فان
لم يعلم لم يجز له دعوى شيء لا يعلم ثبوته ولقائل ان يقول اشتراط الدعوى
بعلم الاستحقاق غير واضح فان الوارث يدعي بخط مورثه والوكيل يدعي عن موكله
وقد لا يعلمان الاستحقاق وكذا الموكل قد يدعي بخط وكيله ونحو ذلك ويدعي
عليه ان مالو يد عنده صار مستحقا بالصلح ويطلب منه اليمين مع الانكار وعدم
البينة ولا يضر عدم امكان الرد والقضاء بالنكول كما في الوارث والقيم على الطفل
ولكن للقائل ان يقول لم لا يجوز الصلح على استحقاق الدعوى فقط فان ذلك
حق ويجوز الصلح على كل حق لكن يرد عليه حينئذ انه لو لم يثبت الحق امتنع اخذه لعدم جريان
الصلح عليه ويجاب بان الصلح لو جرى على اصل الاستحقاق فان ثبت الحق اخذه
والا كان له استحقاق الدعوى وطلب اليمين فيقوم مقام المدعي ولا بعد في ذلك
ويغتفر في الصلح ما لا يغتفر في غيره انتهى والغرض من ذكر هذا الكلام بطوله وهو ان نقل
الحق الى الاجنبي مسلم في الجملة وان اختلف في خصوصياته وما ذكره المحقق الثاني
في ذيل الكلام اوضح في افادة ما نحن بصدده من ثبوت جواز نقل الحق الى غير من
هو عليه ولو في الجملة فانا لسنا بصدد اثبات الكلية بل قد عرفت من كلامه ره ان
كل حق يجوز الصلح عليه غاية ما في الباب انه يفيد بكونه ماليا على ما هو مقتضى كلامه
الثاني الذي عرفت حكايته ثم ان النقل قد يكون مجانا وقد يكون بعوض والجميع

ومراده ره بقوله لم لا يجوز الصلح على كل حق فيجوز الصلح على كل حق مالي كما دلت عليه ما ذكره بعد ذلك في عدم جواز الصلح عن حد القذف من انه ان كان حقا لله لم يصح الصلح عنه وان كان حقا له فكذلك لانه ليس من الحقوق المالية ولا من توابعها وانما شرع لتنزيه العرض انتهى منه دام عزه

موجود

موجود في الشرع ومقتضى كلام المصنف ره ان من الحقوق ما هو غير قابل للمعاوضة بالمال
مع قبوله للنقل ومنها ما لا يقبل النقل والوجه في ذلك انه اورد ما لا يقبل المعاوضة بالمال
على ما لا يقبل النقل فقابل بينهما وهو كذلك فقد قال العلامة ره في القواعد يجوز ان تهب احدى
الضرتين للاخرى حق مضاجعتها ووجهه مع انه منع من الاعتياض عليه قال ره
ولو وهبت ليلتها من ضرتها فللزوج الامتناع فان قبل فليس للموهوبة الامتناع
ولا لغيرها وليس له المبيت عند غير الموهوبة او الواهبة الى ان قال ولو عاوضها
عن ليلتها بشيء لم يصح المعاوضة لان المعوض كون الرجل عندها وهو لا يقابل
بعوض فترد ما اخذته وتقضي لانه لم يسلم لها العوض انتهى وذكر الحكم الاول في كره
في كتاب احياء الموات حيث قال الذين يستفيدون ارضهم من الاودية المباحة
لو تواضعوا على مهاياة وجعلوا للاولين اياما وللاخرين اياما جاز وكان
ذلك رضى من الاولين بتقديم الاخرين ومسامحة غير لازمة ويشبه ذلك
ما اذا وهبت الضرة نوبتها من الضرة ولكل من يرجع متى اراد ولكن ان كان لم يستوف ما مضى
انتهى بل الظاهر انه مما لا كلام فيه وان تردد جماعة في الثاني قال في الروضة
عند قول الشهيد ره ولا يصح الاعتياض عن القسم بشيء من المال لان المعوض كون
الرجل عندها وهو لا يقابل بالعوض لانه ليس بعين ولا منفعة كذا ذكره الشيخ ره
وتبعه عليه الجماعة وفي التحرير نسب اليه القول ساكتا عليه مشعرا بتوقفه فيه الحكم
او تمريضه وله وجه لان المعاوضة غير منحصرة فيما ذكر ولهذا كان ينبغي جواز الصلح
عليه كما يجوز الصلح على حق الشفعة والتحجير ونحوهما من الحقوق انتهى وفي كشف
اللثام في ذيل التعليل الذي تقدم ذكره في عبارة القواعد من قوله لان
المعوض كون الرجل عندها وهو لا يقابله عوض كان العوض انما يقابل عينا
او منفعة وليس هذا الا ماوى وسكنى وفيه تردد لمنع الحصر ولان على

بن جعفر ثم سئل اخاه ع عن رجل له امراتان فقالت احديهما ليلتي ويومي لك يوما او شهرا او ما كان
الجوين ذلك قال اذا طابت نفسها واشترى ذلك منها فلا باس ولذا افتى في الجزء على
النسبة الى الشيخ ره كما نسب في تبع الى القيل انتهى وبعض الجبا المذكور اخبار اخر ذكرها
بعضهم في ابواب المسائل في ابواب القسم والنشوز واشار الى بعضها ولكن لا يخفى عليك ان
تردد جماعة في ذلك لا يورث وهنا في كلام المقدس ره لان كلامه ره مسوق لبيان الاقسام
لا لتحقيق احوالها ويكفي في صحة سوق مثل هذا الكلام مجرد احتمال بعض الاقسام لذلك
من جهة وقوع الخلاف فيه او غير ذلك تنبيه قد استفيد من كلام المحقق الثاني ره
ان كل حق مالي يجوز الصلح عنه وان صنفه ما اشار اليه في طي كلامه من التمسك
بقوله تعالى اوفوا بالعقود ومثله في اصل الحكم الشهيد الثاني ره بل مقتضى كلامه التعميم بالنسبة
الى الليس بحق مالي بدليل انه حكم في حق القسم بذلك مع كونه غير مالي في نحو ظاهر
وعلى هذا فيكون الاصل في كل حق مالي او حكم هو جواز الصلح عنه حتى يخرج شيء من
افراده بالدليل وعلى هذا استقر بناء بعض الاواخر تمسكا بقوله ع الصلح جائز بين المسلمين
الا ما احل حراما او حرم حلالا وعن الشيخ الفقيه المحقق موسى بن جعفر الغروي ره
انه جعل صحة الصلح مشروطة بقبول الاسقاط فكلما كان من الحقوق قابلا له صح الصلح
عنه وكلما لم يكن قابلا لم يصح الصلح عنه والذي يظهر لي عاجلا هو عدم صحة الجميع لان
عموم الامر بالوفاء بالعقود لا ينافي منه كون المورد صالحا لايراد العقد عليه ومثله
حديث الصلح وان جواز اسقاط الحق لا يستلزم ترخيص الشارع في مقابلته بمال وهو
امر منوط برضاه واذنه الا ترى ان العذرة مع ما هي عليه من المقصودية عند اهل الزرع
والبساتين لم يرخص الشارع في مقابلتها بالمال مضافا الى انا لو سلمنا الملازمة بين
اسقاط الحق عمن هو عليه وبين مصالحته عنه بمال لم نسلم الملازمة بين اسقاطه
عنه وبين مصالحة الاجنبي عن الحق بمال فالحق ان الاصل عدم جواز الصلح عن كل ما شك

في جواز

في جواز الصلح عنه من الحقوق حتى يدل دليل على جوازه لان الاصل عدم جواز اسقاط كل
حق شك في جواز اسقاطه حتى يقوم دليل على الجواز قوله قدس سره لان البيع تمليك
الغير يعني ان كل بيع تمليك الغير من الطرفين اعني من طرف البايع والمشتري فهو
من طرف البايع تمليك العين للمشتري ومن طرف المشتري تمليك الثمن للبايع فيما نحن
فيه اذا فرضنا ان الحق غير قابل للنقل الى الغير لم يصح من المشتري ان يجعله ثمنا وينقله الى البايع
في مقابل العين التي نقلها اليه قوله قدس سره ولا ينتقض ببيع الدين على من هو عليه يعني ان
كلية التعليل الذي هو ان البيع تمليك الغير لا تنتقض ببيع الدين على من هو عليه وتقريب
وجه النقض هو ان بيع الدين على من هو عليه ليس الا عبارة عن اسقاطه عن ذمة
المديون ومع سقوطه لا يبقى شيء حتى يملكه ووجه الدفع هو ان السقوط هنا يتفرع
على التمليك ولا مانع من اجتماعهما بحيث يتفرع السقوط على التمليك ومن جهة عدم
المانع من اجتماعهما صار الامر ملتبسا فجعله الشهيد ره مرددا بين الاسقاط والتمليك
قوله قدس سره والحاصل انه يعقل ان يكون مالكا لما في ذمته فيؤثر تمليكه السقوط ولا يعقل
ان يتسلط على نفسه غرضه ره بيان حاصل وجه الفرق بين الحق والدين من حيث صحة بيع
الثاني وعدم صحة كون الاول ثمنا للمبيع وقد استفيد اثبات الفرق من التعرض
لعدم ورود النقض ببيع الدين هنا ولكن لا يخفى عليك ان ما ذكره في هذه
العبارة من انه لا يعقل ان يتسلط على نفسه مبني على ما اشرنا اليه من كون النقل هنا
لمعنى الاسقاط من جهة انه يعتبر في نقل الحق انتقاله من صاحبه الاول الى غيره
بحيث يترتب عليه عند المنتقل اليه تلك الآثار التي كانت تترتب عليه وهو عند
المنتقل عنه والا كانت عبارة عن الاسقاط فينتفي الاثر الذي كان يترتب عليه صاحبه
ولا يفيد جواز ترتيب اثره من اسقط عنه وبهذا البيان يمكن دفع ما قد يتوهم وروده
من النقض بانه اذا كان بيع الدين ممن هو عليه مفيدا للملكية له وترتب السقوط عليه

فليكن نظيره ثانياً فيما لو باع من عليه الحق من المستحق عيناً بحقه فلم لا يفيد ذلك سقوط الحق
الحق ملكاً للبائع الذي هو من عليه الحق من المستحق عيناً بحقه فلم لا يفيد ذلك
حتى يترتب عليه سقوطه ووجه الدفع ان ذلك ح لا يكون نقلاً للحق في مقابل اسقاطه
وانما يكون اسقاطاً ثم انه يبقى هنا مناقشة تتجه على كلام المصنف وهي ان قوله ولا يعقل ان
يتسلط على نفسه وما ذكره من السر بعد ذلك انما يتم على تقدير كون المنقول اليه هو
خصوص من عليه الحق وقد عرفت انه كما يصح شرعاً ان ينقل الحق الى من هو عليه كذلك
يصح ان ينقل الى غيره ممن هو اجنبي عنهما فالعبارة قاصرة عن افادة تمام المقصود بل موهمة
لخلافه بل نقول ان النقل مقابل الاسقاط اذا كان لا يتحقق بالنسبة الى من عليه الحق
كان اللازم تحرير البحث وسبك التعليل على النقل الى الاجنبي ويمكن الجواب بان
مورد النقض لما كان بيع الدين على من هو عليه كان اللازم في تحرير الجواب هو النسج
على منواله واذ قد عرفت ذلك فاعلم ان لبعض مشايخنا في المقام كلاماً ينبغي ذكره وهو
انه اختار التفصيل بين ما كان من الحقوق لا يقبل الاسقاط كحق السلطنة وحق ولاية الاب
والجد مثلاً وبين ما لا يقبل النقل كحق التحجير وما يقبل الاسقاط كحق الخيار والشفعة
فمنع من صيرورة الاول عوضاً للمبيع واجازها في الاخيرين استناداً الى العمومات الدالة
على مشروعية البيع وفرع على ذلك الاعتراض على المصنف بان الاستشكال في جواز صيرورة كل
من حق التحجير وحق الخيار وحق الشفعة عوضاً للمبيع من جهة عدم المالية في الاول
وقد اعتبر في المصباح كون العوض مالاً وعدم تعقل سلطنة الانسان على نفسه في الاخيرين
على الوجه لم اما الاول فلعدم حجية قول صاحب المصباح في مقام تعيين معنى
البيع ولاحتمال ان مراده بيان الصنف الغالب واما الثاني فلان الحق مطلقاً
ان قبل النقل كما اعترف به في حق التحجير فيصح النقل وحق الخيار وحق الشفعة جعلهما
عوضاً للمبيع فيفيد البيع نقلهما او تمليكهما او يترتب عليه ذلك السقوط كما في بيع الدين على

من

من هو عليه وان لم يقبل النقل فلم اعترف به في حق التحجير واستند في الاستشكال
الى عدم المالية ثم ان هذا كله انما هو اذا كان البيع بحق الخيار او الشفعة مثلاً على من
عليه الحق واما اذا كان البيع بها على الاجنبي فلا يصح لعدم ثبوت ذلك من الشرع
هذا كلامه وقد عرفت مما تقدم ما فيه فان المصنف استشكل في المسئلة من باب
الاحتمال كون العوض لا بد من ان يكون مالاً ولا بد فيه الا دعوى العلم وابداء
التفصيل الرافع للاشكال متفرع واحتمال ان مراد صاحب المصباح بيان الفرد الغالب
لا يفيدنا العلم بذلك وقد عرفت اختلاف احوال الحقوق عند فقهائنا فراجع
وتدبر ثم اني بعدما حررت المقام عثرت على كلام لبعض المعاصرين سلمه الله تعالى يعجبني نقله
قال واما الحق ففي جواز كونه ثمناً للمبيع وجهان اوفقهما بالتحقيق الجواز مطلقاً
للاطلاقات القاضية بكونه كالصلح الذي لا اشكال في وقوعه على الحقوق مطلقاً وقد يقال
بعدمه للاصل وكذا لاعتبار المالية فيه لغة وعرفاً مع عدم صدقها على ذلك كله وظهور
كلام الفقهاء في مقامات شتى في حصره بالمال وقد يفصل بان الحق ان لم يقبل المعاوضة
او الانتقال فلا اشكال في عدم جواز بيعه لان البيع تمليك الغير والفرض تعذره
او لمعلومية كونه من النواقل لا من المسقطات بخلاف الصلح عليه بالمال وفيه اشكال
لما عرفت ان الثاني الا انه قاصر عن تقييد الاطلاقات اللهم الا ان يمنع شمولها لذلك
باعتبار عدم ثبوت تعارفه في نحو ذلك او يمنع التمسك بها في نحو ذلك وح فلا مخرج
عن الاصل واما الاول فقد ينقض ببيع الدين على من هو عليه المقتضي للاسقاط
ولو باعتبار ان الانسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه وذلك بعينه آت
في نحو حق الخيار والشفعة وقد يفرق بينهما بانه لا مانع عقلاً من كون المبيع
المزبور تمليكاً لما في ذمته فيسقط عنه كما احتمل في الابراء وح فيعقل ذلك ولا يعقل
ان يتسلط على نفسه لان الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد بخلاف

الملك فانه نسبة بين المالك والمملوك ولا يحتاج الى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك
والمملوك عليه وقد يدفع اولا بالنقض بالخيار مثلا الى غير من عليه الحق فان اتحاد لعقله
قد يشبه المكابرة كالنار دخوله في محل البحث وثانيا بان معنى كون الخيار مثلا قد انتقل
اليه ان سلطنة فسخ العقد التي قد كانت لغيره قد صارت له فله فسخه كما كان لغيره ولا يتوقف
على من عليه الحق كي يستحيل اتحاد ذي الحق ومن عليه الحق بل الظاهر عدم سقوطه بالانتقال
اليه فهو اولى من هذه الجهة من بيع الدين على من هو عليه لسقوطه عنه بعد الانتقال اليه
قطعا بخلاف ما في المقام فانه لا يقتضي لسقوطه نعم قد يكون الحق شرعا مختصا بمن هو له على
وجه لا يصح نقله عنه شرعا كحق الشفعة على الظاهر فيختص اثر بيعه مثلا باسقاطه فان
صح كونه من المسقطات في الجملة صح هنا والا فلا فالوجه التمسك بالاصول فظ انتهى فمن كسى
الا ان الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه بعد معناه العرفي لا يقال ينبغي ان يكون هذا الخلاف
بعد تسليم انه حقيقة عرفا في المعاملة المعهودة القائمة بالطرفين وهو المعنى المركب
من معنى ايجاب احدهما وقبول الاخر فان ذلك مما لا مساغ لانكاره ولا بد من
ان يكون هذا الخلاف ناظرا الى معنى ثان بعد ذلك المعنى المسلم وهذا
هو الذي صرح في المصباح بانه في الاصل مبادلة مال بمال ولا ينافي ذلك ما
سينقله المصنف ره عن الشهيد الثاني ره من ان اطلاق البيع على العقد مجاز لارادة
بذلك انما هي الالفاظ التي وقع بها الايجاب والقبول وعلى هذا المعنى هو المراد
بما عن الكافي من انه عقد يقتضي استحقاق التصرف في المبيع والثمن وما في النافع من
قوله واما البيع فهو الايجاب والقبول اللذان ينتقل بهما العين المملوكة من مالك
الى غيره بعوض مقدر انتهى بناء على ان المراد بالعقد هو معنى الايجاب والقبول
لكونه اقرب الى المعنى الاصلي للعقد لا الفاظهما وان المراد بالايجاب والقبول المعنيان
اللذان انشأهما المتعاقدان لانا نقول ان ذلك مما لم يصرح احد من اهل اللغة

بوضع

بوضع اللفظ له وتفسيره بالمبادلة لا يدل عليه وانما يدل على ان معناها النقل بعوض اذ ليس
معنى المبادلة الا ذلك فالحاصل ان البيع حقيقة في معنى يعبر عنه في الفارسية بقولهم
فروختن وفي التركية بقولهم صاتمق ولهذا قال مترجم القاموس بعد تفسيره به يقال
باعه يبيعه بيعا ومبيعا اذا بادل سلعته بثمن وحكى عن صاحب القاموس في التكملة
ان البيع اعطاء المثمن واخذ الثمن ثم ان دعوى ان المراد بالعقد في كلام الشهيد الثاني
انما هو الفاظ الايجاب والقبول وفي عبارة الكافي هو المعنى تحكم بحت كدعوى ان المراد
بالايجاب والقبول في عبارة النافع هي المعاني خصوصا مع تعبير المصنف في تعريف العقد
هو اللفظ آه هذا وقد جزم بعض من تاخر بان لفظ البيع ليس حقيقة في المعنى المذكور
اعني المعاملة القائمة بالطرفين واستند في ذلك الى وجوه احدها انه لو كان
معنى البيع ذلك لم يعقل تعلق النذر ونحوه به لان النذر وشبهه انما يتعلقان
بما هو من فعل الناذر ومعلوم انه على هذا التقدير يصير البيع عبارة عما اجتمع من
فعله وفعل غيره الذي هو المشتري والمركب من المقدور وغير المقدور غير
مقدور ولا يصح ان يتعلق به النذر ثالثها ان اهل اللغة ذكروا ان البيع
كالشراء من الاضداد ولا يتم ذلك الا بان يكون احد معنييه النقل والاخر
هو القبول ولو كان احد معنييه المجموع من النقل والقبول والاخر نفس القبول
لم يكن من الاضداد لعدم التضاد بين المركب وجزئه رابعها ان المتبادر من لفظ
البيع غير المعنى المذكور سيما عند النقل وما نرى من ارادة المعاملة المذكورة
من مثل قوله تعالى احل الله البيع ونحوه فهو مجاز لو سلمنا ارادتها والا فلنا ان
نقول ان المراد من مثله انما هو النقل فح نقول لا ريب في استعماله في غيرها
من المعاني انما بل قيل ان المشهور ان البيع حقيقة في العقد فح فاما ان يكون
حقيقة شرعية في غير ما ادعينا التبادر بالنسبة اليه كالعقد مثلا وهو باطل لانه

لم يبعه احد واما ان يكون مما استقر عليه اصطلاح الفقهاء فذلك بالنسبة الى خصوص العقد مما هو
عند النقل من المعاني مما لا مانع منه ولكنه لا يثبت ما نحن بصدده من الوضع العرفي واما ان يكون
مشتركا بين المعاني المستعمل فيها التي العقد اظهرها واما ان يكون حقيقة في احدها ومجازا
في الباقي وقد تقرر في محله ان الاشتراك خلاف الاصل فيقدم عليه المجاز عند دوران الامر
بينهما فيتعين الحكم به ويثبت تعين النقل لكونه حقيقة بحكم النادر ودعوى دلالة ذكر العقود
التي من جملتها البيع في مقابل الايقاعات على كونه حقيقة في الايجاب والقبول ممنوعة لان
غاية ما هناك ان يدل ذلك على توقف العقد عندهم على الايجاب والقبول على خلاف الايقاع
واين هذا من كون العقد عبارة عن نفس الايجاب والقبول فالحاصل ان اطلاق البيع على
العقد انما هو من مصطلحات الفقهاء ولا دخل لذلك بالوضع اللغوي او العرفي العام
ما استقر عليه اصطلاحهم في الطهارات لكونها عبادات عندهم على استعمالها مشروطا بالنية
يستعمل شيء من متصرفاتها في الكتاب والسنة في ذلك فيستفاد من ملاحظة ذلك ان
تعريفهم الطهارات بما عرفت مبني على مصطلحهم والا لزم التجوز في عامة ما نصادفها في
الكتاب والسنة وهو في غاية البعد بهذا وبعض ما ذكره وان كان مما يمكن المناقشة فيه
الا ان المدعى حق فوكس وحيث ان في هذا التعريف مسامحة واضحة عدل اخرون
الى تعريفه بالايجاب والقبول الدالين على الانتقال ووجه المسامحة ان الانتقال من
اثار البيع بالضرورة فجعله عبارة عن الاثر مسامحة واضحة ولذلك عدل اخرون الى
تعريفه بما يحصل به الانتقال ثالثة فعرفوه بالايجاب والقبول الدالين على الانتقال
اذ لا ريب في ان المدلول من اثار الدال ثم ان بعض من تاخر اقتفى اثر صاحب الجواهر
في الاستناد في نفي كون البيع حقيقة في الانتقال الى ان البيع من قبيل الفعل والانتقال
من قبيل الانفعال فلا يصح تفسير احدهما بالاخر وانت خبير بما فيه لانه من الواضحات
بانه انتقال فلا يحتاج الناصر به بذلك وفي الجواهر ان الانتقال اثر البيع وغايته المترتبة عليه فيمتنع

تعريف

تعريف احدهما بالاخر وان النقل هو الموافق لتصاريف البيع وما يشتق منه من الافعال والصفات
بخلاف غيره اذ لا يراد ببعت مثلا معنى انتقلت كما هو ظاهر وكذا البايع فانه ليس بمعنى المنتقل
وقد يجاب عن الاول بان كون الانتقال اثر البيع اول الكلام وعين النزاع فان المعترف
له ان يقول ان البيع عين الانتقال واحتمال تسليمهم كون البيع هو العقد وتعريفهم له بالانتقال
مما لا يقطع به وان نقل عن الشهيد نحو ذلك وعن الثاني بان الحال في البيع مثله في
النكاح فقد حكي الاتفاق على كونه حقيقة في العقد واعترف به كثير منهم ومع ذلك يقع
بالصيغة المشتقة منه بمعنى غيره فليكن هنا كذلك لكن يمكن دفع هذا بان الاتفاق هناك يصير
ملزما للقول بكونه حقيقة في العقد ولما لم يصح سريان المشتق منه في المشتق الزمنا بان مشتقاته ليست
بذلك المعنى فالاتفاق هو المخرج عن مقتضى الاصل الذي هو توافق المشتق والمشتق منه في اصل المعنى
الطارئ في ضمن المشتقات فليكن ما نحن فيه مما لا يصح قياسه على ذلك المقام لوقوع الخلاف في
معنى البيع المشتق منه ولا مخرج عن حكم اصالة توافق المشتق والمشتق منه فوكس وحيث ان
البيع من مقولة المعنى دون اللفظ مجردا او بشرط قصد المعنى والعلم بعقل انشائه باللفظ
وارادة معنى اخر من الصيغ المشتقة منه يوجب تغاير المشتق والمشتق منه وقاعدة لزوم
توافق المشتق والمشتق منه تنفيه وقال بعض المعاصرين ايده الله تعالى في مقام دفع هذا
الايراد على القول بكون البيع عبارة عن الايجاب والقبول الدالين انه لا بأس بالتزام عدم
انشاء البيع بلفظ البيع بهذا المعنى واما المشتقات عنه فما يناسب على نحو انشاء النكاح بناء على
انه هو العقد لما حكي عليه الاتفاق واعترف به كثير منهم وفيه ما تقدم من ان عدم صحة
الايجاب بمعنى العقد في النكاح مع الاتفاق على كون النكاح حقيقة في العقد المخرج عن اصالة
توافق المشتق والمشتق منه مما يدعو الى الحكم بالمغايرة هناك والمفروض عدم الاتفاق
هنا على كون البيع بمعنى العقد الذي هو عبارة عن الالفاظ التي هي الايجاب والقبول
والعجب منه سلمه الله تعالى كيف اتى بما ذكره وقد سبقه صاحب الجواهر بما ذكرناه على ما نعرف في اثناء تم

ثم ان صاحب الجواهر ره اورد على القول المذكور بوجوه اخر احدها ان البيع من قبيل الفعل
فلا يصح تفسيره بالعقد الذى هو من قبيل الذى هو من قبيل الكيف لان المقولات
العشر متباينة وفيه ان ذلك اول النزاع فان القائل بالقول المذكور يلتزم ٢ للفظ
بان البيع من مقولة الكيف ثانيها ان العقد سبب والبيع مسبب فيمتنع تعريف احدهما
بالاخر وفيه ان ذلك ايضا اول النزاع لان القائل بالقول المذكور يلتزم بان
البيع عبارة عما هو السبب للنقل وهو العقد وليس عبارة عما تسبب عنه وثالثها
ان النقل هو الموافق لتصاريف البيع وما اشتق منه من الافعال والصفات بخلاف
غيره اذ لا يراد ببعت مثلا العقد والايجاب ايجابا وقبولا وهو معلوم البطلان
وكذا البايع فانه ليس بمعنى الموجب والقابل والمطرد في الجميع هو النقل فيكون
البيع موضوعا له اجراء له على الاصل من لزوم التوافق مع الاطلاقات فلا يقدح
تخلفه في النكاح لثبوت وضعه للعقد وامتناع الموافقة في الكل ونحوه فوجب
صرفه الى معنى اخر كتمليك الانتفاع والتسليط على الوطي وغيرهما مما يناسب العقد
بخلاف المقام الذى لم يثبت وضعه فيه للعقد بل قد عرفت ثبوت الخلاف فيه وانه
موضوع للنقل انتهى وهذا الوجه وجيه لكنه راجع الى ما ذكره المصنف ره ثم ان منهم
من قال ان احسن التعاريف ما حكى عن الحلبي في الكافي من انه عقد يقتضي استحقاق
التصرف في المبيع والثمن وتسليمهما وفيه اولا انه مبني على القول بكون البيع عبارة
عن الايجاب والقبول وقد عرفت ما فيه وثانيا انه مشتمل على الدور لذكر المبيع فيه
وثالثا انه لا مدخل للتسليم في مفهوم البيع وقد اعترف فيه ورابعا انه لا يشمل البيع الفاسد
قوله عدل جامع المقاصد الى تعريفه بنقل العين بالصيغة المخصوصة واستدل
على ما تضمنه هذا التعريف من كون البيع عبارة عن النقل بان المتبادر منه ذلك عرفا وبان
عدم النقل يثبت لغة وشرعا مع ما في مجمع البحرين من ان المراد به في احل البيع ونحوها

اعطاء

اعطاء الثمن واخذ الثمن وما في المصباح من انه مبادلة مال بمال ولعله اشار اليه المحقق
الثاني ره حيث جعله تبعا لغيره واستظهر من عبارة يع واللمعة ونحوهما وربما استدل عليه
ايضا ببطلان القولين الاولين بما سبق فيتعين الثالث للاتفاق على انه احد الثلثة
لكن قال بعض المعاصرين ابقاه الله تعالى انه مع تسليم القول المزبور بل في مفتاح الكرامة
انا ما وجدنا قائلا به حيث تحقق عبارة الكركي ولا ظاهر عبارة الشرايع واللمعة بل ظاهرهما من
جهة اقتصارهما على حكاية القول بانه عقد والقول بانه انتقال انما هو حمل ظاهر المحقق
يعني الشرايع على الثاني والاول وانه لا ثالث لهما فيمنع التبادر المزبور واولى
دعوى الاتفاق على الحصر المزبور ايضا بل قد يدعى ان المتبادر منه هو المعاملة الخاصة
القائمة بين البايع والمشتري معا وهو المعنى الحاصل بالعقد وهو المراد بقولهم كتاب
البيع وعقد البيع واقسام البيع ونحو ذلك وصح تعريفه بالعقد ولذا استدل له في مفتاح
الكرامة وقد تحمل عبارة المصباح والمجمع على ذلك ان لم نكن ظاهرة فيه بل قد تحمل عليه الايات
ونحوها ولا تنافي بل اذا حملها على فعل البايع خاصة او على فعل المشتري خاصة بعنوان
وان كانا من معانيه اللغوية اذ هو من الاضداد عندهم كالشراء انتهى ولا يخفى ما في
دعوى تبادر المعاملة الخاصة وحمل عبارتي المصباح والمجمع على ذلك من المنع ثم انا
ما ذكره من استظهار القول بالنقل من عبارتي الشرايع واللمعة مما صرح به صاحب
الجواهر ره ايضا لانه قال في ذيل قول المحقق ره في عقد البيع وشروطه وادابه العقد
هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك الى اخر بعوض معلوم انتهى وقد اجاد فيما
ومن سبقه في هذا الاستظهار لان عقد البيع اذا كان هو اللفظ الدال على النقل
٢ بعض فالبيع لا محالة يكون عبارة عن النقل لكن اورد عليه ٢ من تاخر بان الاستظهار المذكور
مبني على ان يكون اضافة عقد البيع لامية وهو ممنوع لاحتمال انها بيانية فيكون
التعريف لنفس البيع ويصير عبارة عن اللفظ الذى هو العقد مضافا الى انه على تقدير

كون الاضافة لامية لا دلالة في عبارة المحقق ره على كون البيع عبارة عن النقل لاحتمال انه عبارة عن
الانتقال ولا يخفى عليك سقوط الجميع ضرورة كون الاضافة البيانية خلاف الظاهر فلا يلتزم
بها الا عند قيام قرينة وكون البيع عبارة عن الانتقال بعد فرض الاضافة لامية مما يأبى عنه
سياق الكلام كما لا يخفى نعم هو من الاحتمالات الموهومة التي لا تصادم الظهور اصلا واعلم ان
ما اشار اليه المصنف ره من اختلافهم في تعريف البيع بالنقل او الانتقال او عقد البيع انما اراد
به بيان اصول ما اختلف فيه والا فالتعاريف باختلاف العنوان كثيرة وربما يقال ان
المقصود من التعاريف الثلثة انما هو افادة مجرد الكشف في الجملة لا التمييز الحقيقي حتى يتحقق
الخلاف بحسب المعنى ويظهر ان الفرق بين التمييز الحقيقي وبين الكشف في الجملة في احكام الصرف
والسلم اللذين هما من اقسام البيع فانه على الاول لا يتحققان في المعاطاة على القول بكون
البيع عبارة عن العقد لعدم كونها بيعا على هذا القول فلا يوجد في ضمنها ما هو من اقسام
البيع فوكس ويرد عليه مع ان النقل ليس مرادفا للبيع ولذا صرح في التذكرة بان
ايجاب البيع لا يقع بلفظ نقلت وجعلت من الكنايات فيندفع هذا بانه غير قادح لوروده
في كل تعريف حتى تعريف البيع بانه انشاء تمليك عين بمال الذي قال المصنف ره بانه
اولى من غيره اذ ليس المعرف مرادفا للمحدود وان توهم مرادفة مجموع الحد له كما هو
واضح لوضوح عدم ارادتهم كون البيع مطلق العقد ومطلق النقل او الانتقال كما
قد يتوهم من بعض العبارات وانما مرادهم عقدا ونقلا او انتقالا مخصوصا مباينا
لسائر العقود حتى الصلح الذي قد يقوم مقامه عندهم نقلا وتحقيق محله لكن لا يخفى
ان على تقدير كون مراده عدم وقوع البيع بلفظ نقلت مجردا عما يجعله مساويا للبيع من
المفهوم وان كان مراده عدم وقوعه به حتى لو ضم اليه من المفهوم ما يجعله مساويا
له قلنا ذلك لا يقدح في صحة التعريف اذ لا يشترط في التعريف ازيد من مساواته
للمعرف ويبتني صحة ايقاع الصيغة به وعدم صحته على ان معيار الصراحة والكناية هو

هذا الدفع من بعض المعاصرين نقلناه بعبارته منه دام عزه

كون

كون اللفظ صريحا ومعه ولو كان صراحته باعتبار ضم غيره الى اللفظ محل تحصيله في
معنى العقد الذي يراد ايقاعه وسيتضح لك تفصيل المقال ان شاء الله تعالى في محله قوله لانه
ان اريد بالصيغة خصوص بعت لزم الدور لان المقصود معرفة مادة بعت لا يخفى
انه على هذا التقدير لا يلزم الدور لان المعرف انما هو معنى البيع وانما هو في التعريف
اعني بعت عبارة عن اللفظ فالموقوف هو المعنى والموقوف عليه هو اللفظ الذي
انه لو قيل البيع نقل العين بلفظ بعت لم يلزم دور لكن بعد العلم اجمالا بان جملة من
الالفاظ تفيد معنى النقل وان من جملتها لفظ بعت وهذا العلم الاجمالي حاصل لكل
من له اهلية مراجعة الكتب الفقهية بل يمكن ان يقال لا حاجة في اندفاع الدور الى هذا
لان التعريف على الوجه الذي ذكرناه يفيد العلم بان لفظ بعت للنقل قوله وان
اريد بها ما يشمل ملكت وجب الاقتصار على مجرد التمليك والنقل يعني انه لو اراد ما
يشمل ملكت كان اللازم عليه ان يقتصر في التعريف على مجرد التمليك او النقل بلفظ خاص ولا
يقوله بالصيغة المخصوصة قوله فالاولى تعريفه بانه انشاء تمليك عين بمال
اعلم ان العلامة الطباطبائي ره قال في المصابيح ان الاخصر والاسد تعريفه بانه انشاء
تمليك العين بعوض على وجه التراضي ولما رأى المصنف ره ان العوض اعم من المال لانه يشمل
ما لا يصدق عليه المال مثل جملة من الحقوق كحق السلام وحق الحضانة وحق ولاية
الاب والجد على الصغير وتمليك العين في مقابل امثالها لا يسمى بيعا لاعتبار
بعض اهل اللغة كون العوض مالا مع سكوت الباقين وان التقييد بقوله على وجه
التراضي يخرج بيع المكره مع انه بيع بل منه ما هو بيع صحيح كما لو اكرهه الحاكم في موارد
جواز الاكراه فلذلك ابدل العوض بالمال واسقط قيد التراضي فعرفه بما ترى
ونحن نقول ورد عليه بوجهين احدهما ان اعتبار الانشاء في التعريف لا وجه له لان الاشياء من
تصاريف المشتقة منه مثل باع ويبيع وغيرهما لم يؤخذ في مفهومها الانشاء في التعريف الا على وجه

لم لان شيئا من تصاريفه المشتقة منه مثل باع وبايع وغيرهما لم يؤخذ في مفهومه الانشاء
والاصل توافق المشتق والمشتق منه بل نقول ان من المعلوم ضرورة عدم اعتبار الانشاء
في مفهوم لفظ البيع ان اريد بيان المعنى المصدري ان قولك الاولى تقرير الاعتراض
على عكس ما ذكر بان يقال ان الانشاء ماخوذ في مفهوم البيع وما تصرف منه ضرورة ان
الاخبار عن البيع لا يصح ان يسمى بيعا وكذا من اخبر عن البيع بقوله بعت امس لا يصح ان
يحكم عليه بانه باع نظرا الى حال تكلمه الذي هو حال الاخبار عن البيع وعلى هذا فمعنى
البيع انشاء البيع ومعنى البائع منشئ البيع وهكذا لكن التمليك الذي يذكر في
التعريف حينئذ حال البيع فلا يسمى الاخبار عن التمليك تمليكا فالانشاء ماخوذ
في مفهومه ايضا فيصير ذكره في اللفظ مغنيا فالى لفظ التمليك مستدركا وثانيها ان العوض
غير ماخوذ في مفهوم البيع وضعا فيصح الاخبار بالبيع عمن قال بعت هذه الدار مثلا
بدون ذكر العوض والوجه في ذلك واضح فانه اسم لما هو اعم من الصحيح والفاسد و
لذلك تريهم يذكرون مسئلة البيع بلا ثمن ويختلفون في حكمه فلو لم يكن بيعا
لم يكن لذلك وجه فوكسى نظير ذلك ما هو [illegible] وكان في ذمته وسقوطه بالتهاتر
توضيحه انه اذا كان في ذمة عمرو من من طعام مثلا لزيد فاشترى من زيد منا من طعام
مساو لذلك الطعام في الجنس والوصف من دون زيادة ونقيصة ولم يقبضه
فانه يملكه بالشراء ويخرج عن ملكه بدلا عن الدين الذي في ذمته [illegible] اذ ليس للبيع
لغة وعرفا معنى غير المبادلة والنقل والتمليك وما يساويها من الالفاظ [illegible] انتهى
فهم من عبارة المصباح معنى النقل [illegible] ولذا لا يجري فيه ربا المعاوضة قال
في الشرايع وهو يعني الربا يثبت في البيع مع وصفي الجنسية والكيل والوزن وفي
القرض مع اشتراط النفع انتهى واراد بهذا الكلام انه لا يجري فيه ربا المعاوضة
وانما يجري فيه الربا المختص به والاوجه عدم جريان ربا المعاوضة فيه لا لاجل عدم

لابد من ملاحظة مسئلة البيع بلا ثمن

لكونه

كونه معاوضة لاحتمال ان يكون ربا المعاوضة من قبيل الخواص الغير الشاملة لجميع افراد ما هو
خاصة له ويكون عدم جريانه في العوض باعتبار ان العوضين ليسا حاضرين ولا معلومين
في اللفظ وقد جعل الاصل وضعه على ثبوت ما يساويه في مقابله فلذلك لا يتحقق فيه ربا
المعاوضة المنوط بمجرد كونه احدهما مشتملا على الفضل والوجه في عدم جريان ربا المعاوضة فيه وجريان
القسم الاخر فيه هو انه يشترط في الاول مضافا الى لزوم كون العوضين من جنس واحد كونهما
من قبيل المكيل او الموزون ولا يشترط في الثاني كون مال القرض وما يعوض عنه من قبيل
المكيل او الموزون وانما يعتبر فيه اشتراط النفع [illegible] ولا الغرر المنع فيهما يعني لا يجري
في القرض الغرر المنع في المعاوضة توضيح ذلك ان الغرر عبارة عن الخطر ولهذا يستدلون
بقول ثم نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر على اشتراط العلم بالمبيع والعلم بالثمن وكون المبيع مقدور
التسليم ولابد من ان يكون مراده رحمه الله بعدم جريان الغرر عدم قدح جهالة المال المقرض
وان فرض وضع القرض على تمليك عين حاضرة ودخول العلم بالثمن مستلزم للتكرار في
المعاوضة او نذكره بعد الغرر [illegible] فيكون مقصوده رحمه الله هو انه لا يشترط العلم بما له الذي
يقرضه فلو قبض قبضة من الدراهم واقرضها من دون وزن ولا عد صح اصل القرض
غاية ما هنالك انه يلزم المقترض ان يعرف القدر بعد ذلك ليمكن له اداؤه وذلك
لا دخل له باصل صحة القرض وكذا لو قرض مقدارا من الطعام من دون كيل ولا وزن
او بوزن غير معلوم كصنجة مجهولة المقدار غاية ما هنالك انه يعتبر هنا المقترض بعد ذلك
ليمكن له الاداء او يحفظه هو والمقرض ليؤدي العوض بها ومع انتفاء الضرب [illegible]
وذلك لا يزاحم اصل صحة القرض هنا ولكن ينافي الكلام في صحة ما استفيد من عبارته
وستعرف فنقول قد حكم جماعة بعدم صحة قرض المال المجهول فعن الشيخ رحمه الله في ط انه قال لا يجوز
اقراض ما لا يضبط بالصفة وقال العلامة رحمه الله في التذكرة في اواخر مسئلة الركن الثاني من
اركان القرض يجب في المال ان يكون معلوم القدر ليمكن قضاؤه وقال في البحث الثالث

الجات القرض قد بينا انه لا يجوز اقراض المجهول لتعذر الرد فلو اقرضه دراهم او دنانير غير معلوم
الوزن او قبة من طعام غير معلومة الكيل ولا الوزن او قدرها بمكيال معين او صنجة
معينة غير معروفين عند غيرهما لم يجز فان تلفت بعين تصالحا اذ قلنا انه يثبت في ذمة المقترض
مال ولا يعلم احدهما قدره ولا يتعين براءة الذمة الا بالصلح فيكون الصلح صحيحا انتهى ومثلها
عبارة عد الى قوله لم يجز مع زيادة التعليل بقوله لتعذر المثل وفي جامع المقاصد في شرح
العبارة بعد قوله لم يجز وان فرض حفظهما لان شرط صحة القرض العلم بالقدر واما
تحقق بكون المكيال عاما وكذا الوزن والمكيال والصنجة في مسئلة الكتاب لا تخرج
المقدر بها عن الجهالة مع انهما بمعرض التلف فلا يتنفى الى العلم بالمقدار طريق وقال
بعد قول العلامة لتعذر المثل قيل عليه هذا غير واضح لان المكيال والصنجة مع
حفظهما لا يتعذر المثل فكان عليه ان يعلل بغير ذلك وجوابه ان اراد كونهما
بمعرض التلف فيكون شانهما تعذر رد المثل باعتبار تلفهما انتهى ويستفاد منه
لان شرط صحة القرض العلم بالقدر فكان ذلك من قبيل السلم عندهم حتى ان علل
به وكذا يستفاد من كلام المعترض على التعليل بتعذر رد المثل حيث انه يعد لتعليل
في التعليل فرع عليها وجوب رد المثل لان التعليل لو بطل كان اصل الحكم المعلل به وقال في
عند قول المحقق ره ويجوز اقراض الذهب والفضة وزنا والحنطة والشعير كيلا
ووزنا بعد بيان ضابط المثلي ما نصه وح فلو اقترض المقترض غير معتبر لم يفد الملك
ولم يجز التصرف فيه وان اعتبره بعد ذلك ولو تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه ويتخلص
منه بالصلح كما هو وارد في كل ما يجهل قدره انتهى فتامل الظاهر انه اشارة الى
عدم صلاحية ما ذكره من وجوه التاييد اما الربا فلانه يجوز ان يكون القرض ايضا
نوعا من المعاوضة لكن يختص هذا النوع منها بنوع من الربا او يختص النوع الاخر
بنوع اخر فلا دلالة في اختصاصه بنوع من الربا غير ما في البيع على كونه خارجا عن عنوان
المعاوضة

وقال فيها بعد العبارة او ادعى المالك العلم بقبل منه الا بالبينة ولو ادعى الغريم العلم بعد قوله مع اليمين لانه غارم انتهى منه دام عمره وعلاه

المعاوضة واما الغرر فيجب الحزن عنه فان المستفاد من جماعة ان اعتبار التعيين في القرض
من قبيل المسلمات واما ذكر العوض فعدمه لو دل انما هو من جهة انتفاء التفاوت في مهية
ومن جهة كون المماثل ماخوذة في موضوعه ولا حاجة الى الذكر ولا ينافي كونه معاوضة واما
العلم بالعوض فهو بحسب اصل ماهيته وموضوعه فلا يجوز الانتقال الى غير مماثله الا بنوع اضعف
اخرى وبرضا جديد فوكيله حتى الاجارة وشبهها التي ليست في الاصل اسما لاحد طرفي
العقد وجه جعل هذا النوع مدخولا حتى المقيدة بكون الحكم السابق هنا اضعف في
مدخوله وهو ان ما كان في الاصل اسما لاحد طرفي العقد لا يصير في الاصل الا اسما
للفظ غاية ما في الباب انه يستعمل اللفظ الموضوع للجزء بعد ذلك في الكل الذي هو
من جنسه وهذا بخلاف ما لو لم يكن كذلك فان استعماله في الفاظ الايجاب والقبول
يكون ابتدائيا واستعمال ما كان موضوعا للفظ فيما زاد على ذلك من الالفاظ اقرب
من استعماله فيما لم يكن موضوعا لما هو من قبيل الالفاظ اصلا وبراسا فوكيلي نعم
تحقق القبول شرطا للانتقال في الخارج لا في نظر الناقل اذ لا ينفك الناقل عن الاثر فالبيع وما
يساويه معنى من قبيل الايجاب والقبول الوجوب للكسر والانكسار لا تخلله بعض
ولا ريب في حصول الوجوب في نظر الامر بمجرد الامر وان لم يصر واجبا في نظر غيره
فكذا لا ريب في حصول النقل في نظر الموجب بنفس انشائه من دون توقف على شيء وان
لم يحصل في نظر الشارع من جهة ان حصوله في نظره متوقف عليها ايضا ولا عبرة بمجرد
الصورة او القصد اليه على فرض تمامية حسبه اللهم الا ان يتوهم ان الايجاب المجرد سبب تام
بل وكذا حصول الوجوب في نظر الامر انما يسلم مع توهم وجوب طاعته على المامور لا مطلقا
الا ان ذلك خارج عن محل البحث ولا نجعل النقل والانتقال من قبيل الكسر والانكسار
ولا ريب فيه مع عدم التوهم المذكور بل ومعها ايضا لحصولهما معا في نظره واما في الخارج
فقد يمنع حصول شيء منهما ويلتزم بعدم حصول الايجاب ايضا الا انه في غير محله كما

على نفع الايجاب والقبول الانتقال ان حصوله في نظر الناقل ممنوع فحصوله موقوف

لكان ما عد عليه الوجدان هنا ما ذكره بعض المعاصرين سلمه الله تع في ذيل عبارة المص ره بالفاظه
وعلى هذا فوجه كون النقل بمنزلة الايجاب هو ان الايجاب في نظر الامر يستلزم الوجوب
في نظره وان لم يكن في نظر غيره وجوب فكذلك البيع الذي معناه النقل يستلزم الانتقال
وان لم يكن انتقال عند الشارع لتوقفه على حصول القبول انتهى وح قوله ره فالبيع وما
يساويه معنى آه تفريع على قوله تحقق القبول شرط للانتقال في الخارج لا في نظر الناقل
وقوله اذ لا ينفك التأثير عن الاثر تعليل للنفي في قوله لا في نظر الناقل يعني ان تحقق القبول
ليس شرطا للانتقال في نظر الناقل لانه حصل منه النقل بحسب نظره وهو تأثيره والانتقال
في نظره اثره اذ لا ينفك التأثير عن الاثر اذ ليس معنى التأثير الا احداث الاثر
فمع عدم حدوث الاثر لا يتحقق تأثير قوله س فتامل الظاهر انه اشارة الى محو دقة
المطلب الذي ذكره لا الى توهينه والا لم يصح بناء ضعف اخذ القيد المذكور في معنى
البيع المصطلح عليه ضرورة ان البناء على المبنى الموهون ليس من مقاصد العقلاء فكيف
بالعلماء ثم قوله س ومنه يظهر ضعف اخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح فضلا
عن ان يجعل احد معانيها وجه ظهوره ضعف ان مفهوم البيع وما وضع له لفظه
عبارة عما يستعمله فيه الموجب الذي هو الناقل وهو لا يريد بلفظه سوى مجرد النقل
من دون التفات الى القبول لما ان الواضع لم يضعه الا لذلك فلا يبقى مجال
لاخذ قيد القبول في معناه قوله س واما البيع بمعنى العقد فقد صرح الشهيد الثاني ره
بان اطلاقه عليه مجاز لعلاقة السببية والظاهر ان المسبب هو الاثر الحاصل في
نظر الشارع لانه المسبب عن العقد لا النقل الحاصل من فعل الموجب لما عرفت
من انه حاصل بنفس انشاء الموجب من دون توقف على شيء وان في ذلك اختلاف
هو ان عبارات الاصحاب في حقيقة البيع فجعله جماعة منهم المص في النافع والشهيد نفس
الايجاب والقبول الناقلين لملك الاعيان واحتجوا عليه بان ذلك هو المتبادر

عرفا

عرفا من معنى البيع فيكون حقيقة فيه وذهب اخرون الى انه اثر العقد وهو انتقال
العين آه وورده الشهيد ره في بعض تحقيقاته الى الاول نظرا الى ان الصيغ المخصوصة صح
سبب في الانتقال فاطلق اسم المسبب على السبب وعرف المعنا بالغاية وفيه نظر لان
الاطلاق المذكور مجازي يجب الاحتراز عنه في التعريفات الكاشفة للماهية الا مع
قيام قرينة واضحة وهو منتف واما التعريف بالغاية بهذا المعنى فغير جاز لان حملها
على المعنا حمل المواطاة اعني حمل هو هو والغاية مما لا يصح حملها عليه كذلك وانما يدخل
الغاية في التعريفات على معنى اخذ لفظ يكون حمله على المعرف مشيرا الى الغاية وغيرها
من العلل التي لا يصح عليه حمل المواطاة وهو هنا منتف انتهى اقول يرد على الشهيد ره
مضافا الى ما اورده عليه ثاني الشهيدين ان اللازم احد الامرين من اطلاق اسم المسبب
على السبب وتعريف المعنا بالغاية لانه اذا اطلق اسم المسبب على السبب صار اللفظ مجازا
اريد به خلاف معناه الموضوع له والتعريف انما هو لذلك المعنى المجازي فلا يكون التعريف
الا له وح يكون التعريف بما يساويه الا ان تكون النسخة مغلطة ويكون عطف تعريف
المعنا باو دون الواو او يتكلف بان الواو بمعنى او ويرد على ثاني الشهيدين ان الحاجة
هنا انما هو في المعرف دون التعريف فلا ينطبق عليه قوله يجب الاحتراز عنه في التعريفات
الكاشفة للماهية آه ويرد على المص ره بان ما ذكره بقوله والظاهر ان المسبب هو الاثر
الحاصل الخ هو ما افاده ثاني الشهيدين من ان المسبب هو النقل بمعنى اسم المصدر توجيه بما
لا يرضى به صاحبه لانه قد وقع التصريح في كلام الشهيدين بان الاثر هو الانتقال وكلام
ثاني الشهيدين ره انما بني على ذلك والمص ره استظهر ان الاثر الحاصل من العقد انما
هو النقل الذي هو اسم المصدر ويمكن دفعه بان قوله ره ذلك مسوق لا لارادة دفع
ما وقع في كلام الشهيدين من كون الاثر عبارة عن الانتقال لكن يا في عنه قوله لا النقل
الحاصل من فعل الموجب لانه كان اللازم على ما ذكر في الدفع ان يقول بدله لا الانتقال

لانه لم يوضع له لفظ ويمكن التوجيه بان قوله لا النقل الحاصل من فعل الموجب اشارة الى دفع
التوهم المحتمل في المقام لا الى رفع شيء مما ذكره في كلامهما والكنى في دفع ما ذكره في كلامهما
باثبات ان المسبب انما هو الاثر الذي هو اسم المصدر فتامل ثم انه يظهر من عبارة
المصباح التي ذكرناها في صدر المبحث وجه اخر وهو ان السبب عبارة عن الايجاب
والقبول والمسبب عبارة عن مدلوليهما الا انه قال لكنه اطلق على العقد مجازا لانه
سبب التمليك والتملك ويمكن ان يتكلف بارجاعه الى ما ذكره المصنف بان يقال
ان المراد بالتمليك والتملك ذلك النقل المعبر عنه باسم المصدر فضاف به المجاز
في التعبير فعبر بما ترى هذا واعلم انه قال بعض من تاخر ان هذا يعني اعتبار علاقة
السببية والمسببية انما يتم على القول بكون البيع حقيقة في المعاملة القائمة بالطرفين
التي هي معنى الايجاب والقبول او القول بكونه اسما للصحيح دون الاعم اما على الاول
فسببية العقد له معلوم لانه مدلول والمدلول مسبب عن الدال في مقام الافهام
واما على الثاني فلان البيع اذا كان معناه النقل الصحيح كان ذلك المعنى في الحقيقة
مقيدا بالقبول لان ذلك مما لا يتم الصحة الا به ضرورة انها عبارة عن ترتب الاثر
ولا يعقل تحققه الا بانضمام القبول وسببية العقد لمثل هذا النقل واضحة واما على
التحقيق من كون البيع موضوعا لمجرد النقل فلا يتم ما ذكر لان العقد ليس سببا للحقيقي
قبل تمامه بنفس الايجاب وانما هو سبب للاثر الحاصل وهو انتقال العين ومن
ان العلاقة من السببية وغيرها انما تلاحظ بين المعنى المجازي المقصود وبين
المعنى الحقيقي دون معنى مجازي اخر فاذا لم يكن العقد سببا للمعنى الحقيقي للفظ
البيع وهو النقل فكيف يصح استعمال لفظه فيه وانت خبير بضعف ما ذكره من
المبنى لان ثبوت كون البيع موضوعا لمجرد النقل لا ينافي وضعه لمعنى اخر وهو
النقل الذي هو اسم المصدر وقد اثبته المصنف مضافا الى النقل الذي هو معنى الايجاب

قال

قال والحاصل ان البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر بعد ما ذكر
ان جميع ما ورد في النصوص والفتاوى ناظر الى ذلك والانصاف ان المتبادر من لفظ
البيع هو ما انشاه بقوله بعت وكذا غيره وظاهره ارادة الاطلاق الحقيقي اه قال بعض من تأخر
بعد ذكر كلام الشهيد ره انه ان اراد ان الشارع نقلها عن المعنى اللغوي الى معانيها
الصحيحة فصارت حقائق شرعية فيها فهو في غاية البعد ومع ذلك يوجب عدم جواز التمسك
باطلاق مثل قوله تعالى احل الله البيع وغيره من اطلاقات العقود الواردة في الكتاب والسنة
عند الشك في اعتبار شيء فيها مع ان سيرة علماء الاسلام قد استقرت على التمسك بها
وان اراد انها حقائق في الصحيح عند اهل العرف فح ينكشف بما هو صحيح عندهم ولو
بكون هذا الاسم وجد دليل يدل عليه فيصح التمسك بالاطلاقات الواردة في الكتاب
والسنة في اثبات صحة ما شك في اشتراط شيء فيه او رودها على طبق المتعارف
ففيه اولا ان الطريقة التي استقر عليها بناء اهل العرف انما تعتبر في المفاهيم الكلية
دون تعيين المصاديق التي يبتنى عليه التمسك بالاطلاقات على هذا التقدير وثانيا
انه لو كان معنى البيع هو الصحيح ولو في انظارهم لحصل الانتقال بمجرد الايجاب
ولم يكن حاجة الى القبول وهو واضح الفساد واقول يمكن المناقشة فيما ذكره من
الوجهين اما الاول فلان انظار اهل العرف وان لم تكن معتبرة في تعيين المصاديق
والموارد في غير المقام الا انه يمكن ان يقال ان هذا المقام لا يقاس بغيره من
المقامات ضرورة ان البيع ونحوه من العقود انما هي من قبيل ما كان متقررا بين الناس
ثابتا عندهم وقد امضاها الشارع غاية ما في الباب انه زاد عليها ما كان متقررا عندهم شروطا
ومعلوم ان اللازم ح اتباع ما علم منه من الشرائط الثابتة وترك ما لم يثبت فيؤخذ بما
عندهم ووجه الاخذ علمنا بان الشارع قد امضاه واما الثاني فلان الواقع في
عبارة الشهيد ره انما هو لفظ العقد والعقود وان الاقرار في كلام الشهيد الثاني

عبارة عن الاختيار عن ايقاع عقد البيع وعلى هذا فلا مساس لحصول الانتقال بمجرد الايجاب
بذلك قوله فتأمل فان للكلام محلا آخر الظاهر ان الامر بالتأمل اشارة الى ان
كلام الشهيد ره ناظر الى ما هو المتداول الآن فيما بين المتشرعة خصوصا كلام
الشهيد الثاني ره وما هو حقيقة فيه في عرف هذا الزمان بقرينة ذكره في كتاب الايمان ولذلك
قوله وصح ثم حمل الاقرار به عليه على هذا فلا يتوجه الاشكال اصلا ولا يبقى حاجة
الى حمله بما عرفت راسا وقوله ره فان للكلام محلا آخر ينبئ عن ان في نظره مطلبا
مستقلا قد طوى ذكره لعدم كون المقام اهلا له وما ذكرناه صالح لان يكون هو المراد
فتدبر قوله نعم يظهر من غير واحد منهم كون بعض العقود كبيع لبن الشاة مدة عن
ذلك كون التمليك المطلق اعم من البيع وجرت هذه العبارة بخط المصنف على هذا الوجه
ولا يخفى ما فيها من نثر النظم وان كان المقصود واضحا ومن المعلوم ان مثل هذا
مبني على وقوع السهو من قلمه الشريف والا فهو ره قد كان اماما مصنفا في نيل المعاني
واداء العبارات والتفطن للدقائق والاشارات قوله وحقق ذلك في شرحه على
القواعد وتعليقه على الارشاد بما لا مزيد عليه قد حكى المصنف عبارته بعينها في ذيل
العبارات التي يحكيها عن الاصحاب قوله لكن بعض المعاصرين هو صاحب الجواهر ره
قوله ولا يخفى صراحة هذا الكلام في عدم حصول الملك وقال في طي اواخر الفصل
الثاني من كتاب البيوع بعد الحكم بانه يعتبر في البيع الايجاب والقبول وتقديم
القبول على الثاني فما نصه فاذا ثبت هذا فكل ما يجري بين الناس انما هو استباحات
وتراض دون ان يكون ذلك بيعا منعقدا مثل ان يعطي للخباز درهما فيعطيه
الخبز او قطعة للبقلي فيناوله البقل وما اشبه ذلك ولو ان كل واحد منهما رجع
فيما اعطاه كان له ذلك لانه ليس بعقد صحيح هو بيع انتهى قوله مع ان ذكره
في جملة شروط العقد يدل على ما ذكرناه نعني انه لو لم يذكر التعليل كما ذكره في جملة

العقد

العقد وتفريعه على اعتبار الايجاب والقبول والا على ان المانع من كونها عقدا انما هو انتفاء
الشرط المذكور لا عدم قصد الملك من اصله والا كان اولى بان يذكر ويفرع عليه عدم
كون المعاطاة بيعا قوله ولا ينافي ذلك قوله وليس هذا من العقود الفاسدة آه يعني
انه لا ينافي ما ذكره من قصد الملك فيكون عقدا فاسدا لعدم الملازمة بين عدم كونه
عقدا فاسدا وبين كون مقصود المتعاطيين هي الاباحة لانه قد يتحقق انتفاء العقد الفاسد
في ضمن وجود العقد الصحيح وقد يتحقق في ضمن انتفائه اصلا وهو واضح قوله ونهي عن بيع الحصاة
على التأويل الآخر فالتأويل الاول ما تقدم في كلامه قبل الكلام الذي حكاه المصنف ره حيث
قال والجهالة بالمبيع نهى صلعم عن بيع الحصاة على احد التأويلين وهو ان يعقد البيع على ما تقع
عليه الحصاة انتهى قوله منها ظهور الادلة الثلثة في ذلك يعني ظهور الادلة الثلثة
المذكورة في كلامه وان كان الاخير دليلا على نهي النبي صلعم عن بيع المنابذة والملامسة
وعن بيع الحصاة ووجه الظهور اما في الدليل الاول اعني الاجماع فلان التمسك به
مع كونه دليلا تعبديا ظاهر في انه هو العلة التامة للحكم لا غيره فينتفي الغير الذي هو عدم
قصد التمليك بل نقول انه لو كان هو العلة كان اللازم الاستناد اليه قبل الاجماع
لانتفاء القابلية حينئذ راسا واما في الثاني فلان محصله التمسك بعدم الدليل على كونها
بيعا الا انه افاد ان تحقق العقد بالايجاب والقبول معلوم لقيام الاجماع على تحققه بهما
ولا دليل على تحققه بدونهما ولو كان المفروض هو صورة عدم قصد التمليك كان
الدليل على عدم كونها بيعا موجودا ومع وجود الدليل على العدم لا مجال للتمسك
بعدم الدليل وترك التعرض للدليل على العدم نعم لا بأس بالتمسك بعدم الدليل
مع وجود الدليل اذا ذكر وتمسك بعدم الدليل على وجه الاغماض عنه كما فعله بالنسبة
الى الاجماع وفعله غيره بالنسبة الى الاصل مع وجود الدليل واما في الثالث فلان
محصله هو ان انتفاء الايجاب والقبول صار سببا لنهي الشارع عن البيوع المذكورة

وجعل هذا هو السبب في النهي بل جعل كونه علة تامة في انتفاء العقد والبيع فان الشارع نهى
اخرجها عن عنوان البيع مع ان المقصود فيها هو التمليك وجعل المعاطاة في مرتبتها
مع ما عرفت من قصد التمليك فيها والاستدلال فيها على عدم البيعية بما استدل فيها
بل على قصد التمليك في المعاطاة انتهى وان كان استدلال السيد ره بهذا الوجه على
ما رامه لا يخلو عن نظر بل عكس المناقشة في دلالة الاستدلال المذكور على ما رامه
المصرة فتامل فيه كما ومنها احترازه عن المعاطاة والمعاملة بالاستدعاء بنحو واحد
ومنها انتفاء تفريع خروجها عن عنوان البيع على انتفاء شرطه الذي هو الايجاب والقبول
والفرق بين هذا وبين ما ذكره المصرة هو ان المناط فيه هو مقارنة الاحتراز عن
المعاطاة بالاحتراز عن الاستدعاء والمناط فيما ذكرناه هو تفريع الاحتراز عنه على
اعتبار الايجاب والقبول وهذا هو ما اشار اليه في ذيل كلام ابن ادريس ره بقوله مع
ان ذكره في عين شروط العقد يدل على ما ذكرناه فتامل وقال المحقق ره في نفع ولا
يكفي التقابض من غير لفظ وان حصل من الامارات ما دل على ارادة البيع انتهى
قال بعض من تاخر ان هذا الكلام محتمل لوجوه احدها انه لا يكفي في حصول العقد
التقابض نظرا الى ان المحقق ره قال قبل هذا الكلام العقد هو اللفظ الدال على نقل الملك
من مالك الى اخر بعوض معلوم وعطف عليه الكلام المذكور وعلى هذا لا يدل على
نفي كونها بيعا بل يكون ساكتا عنه بل يكون ساكتا عن اثباته ثانيها انه لا يكفي في حصول
البيع التقابض وعلى هذا يعطي نفي كونها بيعا لكنه لا ينفي حصول الملك بها اذ لا ملازمة
بين انتفاء البيع وانتفاء الملك ومنشأ هذا الوجه هو ان نقل الملك مقيد لجميع
ما ذكره عبارة عن البيع فيكون المراد عدم كفاية التقابض في النقل المفيد الذي
هو البيع ثالثها انه لا يكفي في حصول الملك التقابض على هذا لا تفيد المعاطاة
الا الاباحة ومنشأ هذا الوجه ارجاع عدم الكفاية الى مطلق النقل مجردا عن القيود

رابعها

رابعها انه لا يكفي في لحوق اسم البيع التقابض فعلى هذا يكون المعاطاة بيعا ومفيدا للملك الا
انها غير لازمة ومنشأ هذا الوجه ان اللزوم من اوصاف البيع فيكون عدم الكفاية راجعا
الى ذلك الوصف يعني ان التقابض لا يكفي في اقتران صفة البيع به اقول الوجه
الاخير في غاية الوهن اذ ليس في العبارة اشارة ولا اشعار بافادته وتلويح في الوهن ما قبله
لان المذكور في العبارة انما هو النقل المقيد بالقيود المذكورة فجعل متعلق عدم الكفاية
هو مطلق النقل مما يابى عنه اللفظ كما لا يخفى على من له خبرة باساليب الكلام نعم الاولان ولا
يخفى ان اظهرهما الثاني لان تعريف المبتدأ والخبر اعني العقد واللفظ مع توسط ضمير الفصل بينهما
صريح في الحصر الذي هو عبارة عن قضيتين احديهما موجبة والاخرى سالبة فدلالة عدم كفاية
التقابض في حصول العقد لا يخلو عن تكرار بخلاف دلالة عدم كفاية التقابض في حصول
العقد بمعنى نقل الملك فانه ليس فيه شائبة التكرار فتامل ودلالته على قصدهما التمليك
للملك لا يخفى من وجوه احدها قوله فلا يكفي التعاطي فان معناه بقرينة وقوعه بعد قوله
الاشهر انه لا بد منها هو ان التعاطي لا يكفي في تاثير اثر الصيغة ومعلوم ان الاستناد الى عدم
كفاية التعاطي انما يصح في المورد الذي لو كان هناك صيغة لاثرت النقل وليس الا ما قصد
به التمليك ثانيها التمثيل بقوله اعطني بهذا الدينار ثوبا فيعطيه ما يرضيه ونفي حصول هذا
الثوب بدينار فان المثال صريح في قصد التمليك خصوصا بملاحظة الباء التي هي
للمقابلة ثالثها قوله لاصالة بقاء الملك لان التمسك بها لا يتم الا مع الشك في حصول
الملك ولا يصح ذلك الا بعد فرض قصد التمليك والا فالعلم بعدم حصول الملك
متحقق ولا يجري الاصالة بقاء الملك رابعها قوله وقصور الافعال عن الدلالة
على المقاصد لانه لا ينطبق الا على قصد الملك لان قصد الاباحة هو القدر المتيقن
وهو اقل المراتب التي ينبغي ان تتعلق بها القصد والافعال ليست قاصرة عن افادتها
فتامل اذ وجهنا جعلها مالك الجهد في الانعقاد من جهة انها تنعقد بما يقصده الناس ٢ موافقا

بيعا يعني انه احمد قال بانه ينعقد البيع بالمعاطاة مطلقا سواء فيها الجليل والحقير وقد استند
العلامة ره في الحكم بكون مالك موافقا له الى انه قال ينعقد بما يقصد به الناس بيعا فدل ذلك
على ان كلام احمد ايضا ناظر الى الحصر في قصد البيع بما هو المتعارف فيكون كلام خصمائه ايضا
ناظرا الى ذلك المورد صونا للنزاع عن كونه لفظيا فوكسى ودلالتها على قصد المتعاطيين
للملك مما لا يخفى لانه قال واما المعاطاة في المبايعات فهي تفيد الملك فقد قيد المعاطاة
بكونها في المبايعات ومعلوم ان المبايعة بدون قصد التمليك مما لا تتحقق اصلا فوكسى
وصرح الشيخ ره في المبسوط بان الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الايجاب والقبول
ولا يحل وطيها هذه العبارة بتمامها قد خط عليها المصنف ره في نسخة ولكن بقي قوله ره فيما سيأتي
وهو المناسب لما حكيناه عن الشيخ ره في اهداء الجارية اه بغير محل يشار به اليه الا ان
نتكلف بان اهداء الجارية داخل في اهداء الهدية الذي حكي عن الشيخ ره انه لا يفيد
فيه بالملك من دون ايجاب وقبول فوكسى اللزوم مطلقا كما عن ظاهر المفيد ره وقد
يكتفى في وجود القائل بقول العلامة ره في التذكرة الاشهر عندنا انه لا بد من الصيغة
هذا القول قد اختاره المحقق الاردبيلي قدس سره ووافقه المحدث الكاشاني ره قال في
شرح الارشاد فاعلم ان الذي يظهر انه لا يحتاج في انعقاد عقد البيع المملك الناقل
من البائع الى المشتري وبالعكس الى الصيغة المعينة كما هو المشهور بل يكفي كل ما يدل
على قصد ذلك مع الاقباض وهو المذهب المنسوب الى الشيخ المفيد ره من القدماء والى
بعض معاصري الشهيد الثاني ره وهو المفهوم عرفا من البيع لانه كثيرا ما يقال في العرف
ويراد ذلك بل انما يفهم عرفا ذلك من لم يسمع من المتفقهة شيئا ولهذا نسمع يقولون
بعنا واشترينا ونحو ذلك من غير صدور تلك الصيغة بل بدون الشعور بها ولهذا يتضح
انه لو وقع البيع بدون الصيغة وبالجملة الاطلاق واضح عرفا وليس ذلك المعنى
المنقول في اللغة فانه مسبوق باللغة وهو ظاهر ولا في العرف العام ولا في الشرع بمعنى وجوده

في كلام

في كلام الشارع من الكتاب والسنة والاجماع المستلزم لذلك وحجة القول المختار ليس الا المعنى
الذي ذكرناه وهو المفهوم عرفا لقوله تعالى احل الله البيع واوفوا بالعقود وبما يدل على اباحته
ومملكيته من الاخبار الكثيرة الصحيحة المتواترة وللاجماع المعلوم اذ لا شك في اباحة ما يطلق
عليه البيع واذا لم يكن الا العرف فلا يكون المباح الا هو ولانه لو كان المعتبر غير ما كان
يليق من الشارع اهماله مع ندرة عينه وكمال اهتمامه بحال الرعية في بيان الجزئيات
من المندوبات والمكروهات وهيهات اذ يصير تركه اغراء بالجهل وذلك لا يجوز عندنا
بل السكوت وعدم البيان في مثل هذا المقام صريح وتصريح في الحوالة على العرف كما في سائر
الامور المحالة اليه اذ لا دليل الا هذا ولانه لا شك في اباحة التصرف مطلقا بمجرد ما قلناه
ولهذا هو المتداول بين المسلمين من زمانه صلعم الى الان من غير نكير بل الظاهر ان
ذلك صار اجماعيا الا ان القول بانه عقد فاسد كان قول العلامة ره وقد رجع عنه على ما يظهر
ما نقل عنه والتصرف دليل الملك لانه انما اباح صاحب الملك بقصد الملك والبيع فلو لم يكن
ذلك مالكا لم يبق الجواز ولانه يجوز التصرفات التي لا تكون الا مع الملك فانه يجوز
بيع السلعة لنفسه لا بالوكالة فلو كان اباحة لما كان البيع جائزا اذ لا بيع الا في الملك
ولجواز وطي الامة المبتاعة بالوجه المذكور ومعلوم انه فرع الملك بالنص والاجماع وهو ظاهر
ولانه لو وقع صيغة في زمانهم والا لنقل عادة وما نقل عند العامة ولا عند الخاصة وهو ظاهر
ولان الملك حاصل عند الاكثر من غير لزوم كما نقل عن التذكرة ومعلوم ان لا موجب له
الا عقد البيع وهو ظاهر ~~ولان الملك حاصل عند الاكثر من غير لزوم كما نقل عن~~
التذكرة وان الغرض حصول العلم بالرضا وهو حاصل ولان الظاهر انه يصدق عليه تجارة عن
تراض وهو كاف لما هو مدلول الاية وللشريعة السهلة السمحة ولزوم الحرج والضيق
المنفي عقلا ونقلا وان الاكثر يعاملون على ما نقله من غير الصيغة المعتبرة بعيد يشق عليهم
ذلك ولانه قد يموت احدهما فيبقى المال للوارث اذ لا دليل على الخروج فتامل والله اعلم

باللزوم بعد التصرف فلو لم يكن عقدا على حاله لم يلزم ذلك وهو ظاهر كلامهم اللزوم فتامل وبالجملة
القول بالملكية وبوقوع البيع الحقيقي هو المتجه خصوصا مع عدم القائل بانه بيع فاسد وانه لا يجوز
معه التصرف وانه لا دليل بعدم الملكية الا اصل عدم الملك واستصحاب الملك على ملك المالك
حتى يتحقق وقد تحقق مع الصيغة المقررة بالاجماع وبقي الباقي والشهرة اذ لا اجماع عندنا مع معرفة
ولهذا ما ادعى الاجماع بل ادعى الشهرة في شرح الشرايع وكرره وغيرهما ولا عندهم فان مالك واحمد وبعض
الحنفية على ما قلناه وبعض العامة يقول به في ذلك في الحقير دون العظيم وفسر الحقير بنصاب القطع
في السرقة وهذا الحكم والشهرة ليست بحجة وهو ظاهر والاصل والاستصحاب متروك
بالادلة التي ذكرناها وهي اربعة عشر دليلا من الكتاب والسنة والاجماع وترك البيان
وعدم نقل الصيغة والتصرف المفيد للملكية والشريعة السهلة ولزوم الحرج والضيق
المنفي عقلا ونقلا واللزوم بعد التصرف والتجارة عن تراض والعلم به والملك بدون اللزوم
عند الاكثر وبحرض حصول العلم وبقاء المال للوارث بعد موت البايع وابعد من ذلك
اشتراط العربية والماضوية من غير نقل خلاف وبالجملة ما نرى له دليلا فهو باطل الا انه
مشهور قال بعض الاصحاب يجب التوقف معه وذلك غير واضح الدليل والاحتياط حسن
مع الامكان ولكن اذا وقع من غير الصيغة فيشكل العمل بالاحتياط نعم ينبغي الملاحظة
في الامور وعدم الخروج عن الاحتياط علما وعملا ثم ظاهر كلام المفيد ره هو اللزوم بمجرد القبض
ووجهه ان هذا العقد افاد الملك والاصل فيه هو اللزوم وبهذا يثبت اللزوم
في العقود ولا دليل عليه غيره وهو ظاهر ولان الظاهر ان كل من يقول بانه عقد حقيقي
يقول باللزوم ولان مقتضى عقد البيع الحقيقي هو اللزوم بالاتفاق ولانه اذا حصل
الملك لشخص فخروجه واخراجه عنه يحتاج الى دليل ولا دليل فيه والاصل عدمه ولما
انهم يقولون باللزوم بعد التلف وانه دليل اللزوم قبله اذ اللزوم بالتلف بعيد
ويحتمل عدم اللزوم لان الاصل عدم اللزوم والملك اعم ولان الملك واللزوم متغايرات

وما كانا

وما كانا وقد دلت الادلة على حصول الاول ونفي الثاني على نقضه اذ لا دليل عليه وما لزم
من الادلة المذكورة الا الاول فتامل وقد يتراءى ان الاولى اولى فان زوال الملك بعد
الحصول يحتاج الى الدليل والظاهر بعض ما مر اذا عرفت هذا فاعلم ان النزاع بين القائل
بان المعاطاة مفيدة للملك وليس بعقد والقائل بانه عقد يرجع الى اللفظ الا باعتبار اللزوم
وعدمه ينبغي ان لا ينازع بل يقول عقد غير لازم مع ان الظاهر اللزوم بعد تحقق الملك
فلا ينبغي النزاع وان ما ذكرناه جار في ساير العقود وليس مخصوصا بالبيع ولعل العلم
حاصل بان الهدايا والتحف والهبات التي كانت في زمانه ص وزمانهم ع بالنسبة اليهم ومن الى
غيرهم وكذا ما كانت في زمان الصحابة والعلماء كانت تقع من غير صيغة وكانوا يتصرفون
فيها تصرف الملاك مثل البيع والهبة والوطي والعتق وجميع المهلكات والوقف وبعد
مما تم انفهم والا لنقل ولو نادرا من طريق العامة والخاصة ولو بسند ضعيف مع ان
الظاهر في نقل مثل المتواتر ولهذا لا يقبل البعض في مثله الا المتواتر وهو مؤيد لما
قلناه هذا وقد جعلها بعضهم مثل المعاطاة وقالوا بانها تفيد الاباحة فقط لا الملك
وبعضهم انها تفيد الملك لا اللزوم ويلزم بالتلف ونحوه مع انه ليس بعقد والبعض
جعلها عقدا فاسدا ونقل رجوع القائل عنه والمفيد جعلها عقدا حقيقيا وقد عرفت الحال
والظاهر هو الاخير والاباحة فقط بعيد وابعد منه كونه عقدا فاسدا لا يجوز التصرف بما
مر من جواز التصرف وعدم الملك محتمل ولكن لا ينبغي النزاع في انه عقد اذ لا سبب في
الملك الا العقد بقصد المتعاقدين وفي نفس الامر والقول بان التراضي والتسليم مع
ما يدل عليه مفيد له وهو الملك وانه ليس ذلك بعقد بعيد بلا دليل بعيد لانا ما نريد
من البيع والعقد الا ما يفيد الملك على وجه التراضي مع ما يدل عليه بالقصد ثم الظاهر
منه الملك اللزوم فلا ينبغي النزاع انتهى وقال في المفاتيح والظاهر ان مجرد التراضي و
التقابض كاف في صحة شرطية يكون هناك قرينة تدل على كونه بيعا بحيث يرتفع الاشتباه

ولا ينبغي لهما اهمال الشارع في ذلك وهو قد يحصل بلفظ من الطرفين يدل عليه كبعت او ملكت
او نحو ذلك في الايجاب واشتريت وقبلت ونحوهما في القبول وقد يحصل بغير ذلك
من الفعل باليد اخذا وتسليما مع القرائن وقال شيخنا المفيد طاب ثراه لاطلاق النصوص
الكتاب والسنة الدالة على حل البيع وانعقاده من غير تقييد بصيغة خاصة مع عدم
دليل اخر عليه وتحليف فهم من لفظ البيع من قبيل الالغاز والتعمية الغير اللائق
بالشارع واللفظ لم يكن سببا للنقل بعينه بل لدلالته والفعل ايضا دال على المقصود
دلالة مستمرة في العادة فالضم اليه مسيس الحاجة وسيرة الاولين فان المشتري كان
يجيء الى بياع الحنطة ويقول له بكم تبيع منا منها فيقول بدرهم فيعطيه الدرهم و
ياخذ منا منها من غير لفظ اخر يجري بينهما وقد يكون السعر معلوما بينهما فلا يحتاج
الى السؤال والجواب ايضا فان مثل هذا الفعل صريح في البيع لا يحتمل غيره خصوصا
اذا كان البياع انما جلس في دكانه للبيع لا للهبة والاعارة والابداع وغير ذلك
والاحتمال البعيد لا يقدح في مثله فانه وارد في اللفظ ايضا مع اطراد جميع العادات
بقبول الهدايا من غير ايجاب وقبول لفظيين مع التصرف فيها واي فرق بين
ان يكون فيه عوض اولا اذا لم يرد به الشرع اذ الملك لا يبعد نقله في الهبة ايضا
وكذلك القول في ساير العقود خلافا للمشهور بل كاد ان يكون اجماعا حيث اوجبوا في
العقود جميعا الفاظا دالة على الايجاب واخرى على القبول الى ان قال والاحوط الاتيان باللفظ
الصريح فيها الخطر ولا سيما مع اعتضاده باصالة بقاء ملكية كل واحد لماله الى ان يعلم
الناقل انتهى وبالتامل في كلامه يظهر سقوط ما ذكره بعض من تاخر في عنوان
مسئلة المعاطاة حيث قال لا اشكال في عدم تحقق العقد بالنية والرضا خلافا للشيخ
المفيد ره والمحقق الاردبيلي ره والمحدث الكاشاني ره حيث قالوا بتحقق العقد بالرضا والنية
وكذا يحصل بغير النية والرضا من الافعال التي تحقق النهي عن العقد بها كالـ

واللمس

واللمس ورمي الحصاة خلافا لبعض العامة حيث قال بتحققه بها وان وقع النهي عنها
في الشرع واما التقابض والتعاطي بمعنى اعطاء كل من اثنين عوضا عما ياخذه من الاخر
فالمشهور المعروف عدم حصوله به ايضا خلافا لمن تقدم خلافهم في الرضا واما
البيع به ففيه خلاف هذا ووجه السقوط انه لم يحك عن احد تحقق العقد بمجرد الرضا والنية
وانما حكى تحققه بالرضا والتعاطي معا ولذلك لم يحك احد الخلاف من نقلهما الا زين الى
ما ذكره المحقق المذكور ره في اول كلامه حيث قال بل يكفي كل ما يدل على قصد ذلك
مع الاقباض وفي اخر كلامه حيث قال لانا ما نريد من البيع والعقد الا ما يفيد
الملك على وجه التراضي مع ما يدل عليه بالفعل وما ذكره المحدث المذكور ره من قوله
وقد يحصل بغير ذلك كالفعل باليد اخذا وتسليما مع القرائن بل ظاهر اول الكلام
لا يعطي الا وقوع البيع بالفعل والتعاطي دون العقد فلا تستفيد تحقق العقد
بالتعاطي مع الفعل الا من قوله وكذلك القول في ساير العقود حيث خالف المشهور
اذ اوجبوا في العقود جميعا الفاظا دالة على الايجاب واخرى دالة على القبول وما نعلم ان بين
ما نسبه ذلك البعض الى هؤلاء الاعلام وبين ما ذكره بعض المعاصرين ابقى الله تعالى
حيث قال لا نعرف خلافا في اعتبار اللفظ في تحقق العقد مطلقا او في اللازم منه خاصة
بل ظاهرهم الاجماع عليه بل ربما ادعي في اللازم صريحا واحتمل او جزم بانه من ضروريات
المذهب او الدين بل ربما ادعي تواتر النصوص فيه عنهم ع كقوله ع انما يحلل
ويحرم الكلام وغيره مما ورد في البيع وساير العقود بل هي المراد من العقود بالمعنى
الاسمي كما جزم به بعضهم بل في الكنز ان العقد شرعا اسم للايجاب والقبول مطلقا ولو كان
جايزا ولعل ما عن احمد ومالك وغيرهما من الخلاف انما هو في تحقق البيع ونحوه لا في
تحقق العقد نحو ما عن المفيد ره واتباعه بل عبارة التذكرة ونحوها كالنص في ذلك
فنسبة الخلاف اليهم كانه غفلة واضحة ودعوى ان كل بيع عقد فالخلاف في البيع راجع

٢ المفيد ره م

الى الخلاف في العقد لعلها اوضح غفلة كلا تخفى على من لاحظ كلامهم والامر سهل في نحو ذلك انتهى ولا
يخفى عليك سقوطه بعد ما عرفت من كلام المحقق المذكور ره والمحدث المذكور ره حيث لم يعتبر
اللفظ في تحقق العقد ويحكى في كلام المصرة ما فيه زيادة على ما قرانا نعم قول بنفي
اللزوم بشرط كون الدال على التراضي او المعاملة لفظا حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني
وبعض متاخري المحدثين كتب المصرة في الحاشية ما نصه لكن في عد هذا من الاقوال
في المعاطاة تأمل انتهى والوجه في ذلك ان هذا خرج عن الحكم بلزوم المعاطاة وتصرف قوله
بان البيع بالصيغة يكفي فيه مطلق اللفظ حيث لم يعتبر لفظا خاصا فقوله على التراضي الخ
او المعاملة اشارة الى القولين من كون موضوع المعاطاة ما وقع فيه مجرد التراضي والاباحة
او كونه ما قصد فيه المعاملة ويجعلها ملكا او للتقسيم كان قولا في المسئلة من جهة ان مجرد
التراضي باللفظ لا يصير من اقسام البيع بالصيغة لكنه بعيد والظاهر انه مستند هذا القول
هو ان العقد لا يتحقق بغير لفظ بعينه ووجود اللفظ يجري حكم قوله نعم اوفوا بالعقود ويلوح
لا زما عند انتفائه ينتفي فلا يبقى دليل على اللزوم فتوى ونفى والملك الغير اللازم ذهب اليه
المحقق الثاني ره وحجته ما عرفته في كلامه الذي حكاه المصرة في ذيل عبارات الاصحاب وما ذكره
فيما سياتي بقوله ورفع اليد عن عموم ادلة البيع والهبة ونحوهما المعتضد بالسيرة القطعية
المستمرة وبدعوى الاتفاق المتقدم عن المحقق الثاني ره بناء على تاويله لكلمات القائلين
بالاباحة لا يخلو عن اشكال مضافا الى ما ذكره ره في مقام تقوية هذا القول فتوى وعدم الملك مع اباحة
جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كما هو ظاهر عبائر كثير بل ذكر في ذلك ان القائل بالاباحة
بالاباحة يسوغ جميع التصرفات بحجة هذا القول وجوه الاول استقرار السيرة المستمرة
على التصرف في الماخوذ بالمعاطاة من الخواص والعوام والنسوان والصبيان ويؤيده الاجماع
المنقول من الغنية والروضة وتلك المعتضد بالشهرة المحققة اذ لم ينقل احد من علمائنا
المفيد باذاذة المعاطاة للملك الى زمان المحقق الثاني ره الثاني الاخبار الدالة على حصر المحلل

والحرم في الكلام فانها وان اقتضت نفي الحل عند انتفاء الكلام الا انها تحمل على نفي لزوم المعاملة عند
انتفائه جمعا بينها وبين ما دل على حصول الاباحة بالتراضي كما لا كتمان وقع في بعض الاخبار
الناهية عن بيع المصحف من قوله لا تشتر كلام الله ولكن اشتر الجلد والحديد والدفة
بل على ان الاشتراء عبارة عن القول فيكون الخالي عنه خارجا عن عنوان البيع وفي الصحيح رجل
اشترى من رجل عشرة الاف طن في انبار بعضه على بعض من اجمة واحدة والانبار فيه
ثلثون الف طن فقال البايع قد بعتك من هذا القصب عشرة الاف طن فقال المشتري
قد قبلت واشتريت ورضيت فاعطاه من ثمنه الف درهم ووكل المشتري من يقبضه
فاصبحوا قد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون الف طن وبقي عشرة الاف
طن فقال عشرة الاف التي بقيت هي للمشتري والعشرون التي احترقت من مال البايع
فانه يدل على ان البيع عبارة عما اشتمل على الفاظ الايجاب والقبول حيث فصل الاشتراء
وفسره بقوله فقال البايع الخ فلا يكون بيعا الا ما يشتمل عليها بيعا فلا يفيد الملك فيكون
الاباحة الرابع استصحاب بقاء ملك المالك الاول لو فرض وقوع الشك في بقائه
وتوضيح ذلك انه لا مانع من بقاء ملكه الا دعوى تحقق العقد والبيع بالتعاطي وهي
ممنوعة لعدم مساعدة العرف على حصول العقد بالتعاطي قطعا وقيام الاجماع المنقول
من الغنية وتلك والروضة على عدم تحقق البيع بالتعاطي فيكشف ذلك عن ان تسمية
المعاطاة بيعا في العرف انما نشأت من المسامحة ولهذا يفرقون بين المحقرات وغيرها
وعلى تقدير وقوع الشك في تحقق العقد او البيع بذلك يجري استصحاب بقاء ملك
المالك الاول لكن يشكل ذلك بان مقتضاه هو الضمان عند التلف كما هو مقتضى كل بيع
فاسد اللهم الا ان يقال ان مقصود المتعاطيين انما هو مجرد الاباحة كما بنى عليه صاحب
الجواهر ره دون التمليك لكنه ممنوع بما نجد في الخارج من حكم فيه وترى ان مقصود
المتعاطيين ليس الا التمليك واما دعوى صدق اسم البيع على المعاطاة فيها قوله نعم

احل الله البيع وقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض ولا يثبت بهما سوى الاباحة ولو افاد
البيع للملك انما ثبت بالاجماع وهو مفقود في المقام فهي ممنوعة لان المراد بالبيع في الاية
هو البيع المعهود المتعارف بين الناس ومن المعلوم ان المعهود فيما بينهم هو حصول
الملك لا مجرد الاباحة فيكون حله عين حصول الملك فتامل مضافا الى قيام السيرة
المستمرة على التصرفات الموقوفة على الملك كالبيع والعتق والصدقة وغيرها فلو كانت
المعاطاة تفيد مجرد الاباحة لم يكن وجه لهذا النوع من التصرفات واما دعوى قيام السيرة
على مجرد اباحة التصرف دون الملك فساقطة لان ما وقع في الخارج بين الناس من التصرفات
انما هو بعنوان الملك دون مجرد الاباحة فلو كان الحكم فيها هي الاباحة لوجب على المعصوم
ردعهم عما اعتقدوه من الملكية ولم يتحقق منه ع الردع فيدل على كون ما اعتقدوه من الملكية
حقا لكن يمكن دفعه بان وجوب الردع انما هو فيما اذا لزم من اعتقادهم خلاف الواقع
مخالفة عملية والا فلا يجب الردع وما نحن فيه من هذا القبيل ضرورة انه لا يلزم من بين
اعتقاد الاباحة او الملك مخالفة في مقام العمل حتى بالنسبة الى التصرفات الموقوفة على الملك
[illegible] واباحة ما لا يتوقف على الملك وهو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشي الشهيد ره
على القواعد وهو المناسب لما حكيناه عن الشيخ ره في اهداء الجارية من دون ايجاب وقبول
ووجهه ان كل شيء انما يترتب عليه اثره الذي من شانه ان يستتبعه ومعلوم ان الاباحة
غير الملك فلا يترتب عليها الا ما من شانها استتباعه والتصرفات المنوطة بالملك كالبيع
والعتق ووطي الجارية مثلا لا يصح ترتبها على الاباحة التي هي امر مغاير له وقد ورد في الاخبار
مثل لا بيع الا في ملك ومثل لا عتق الا في ملك وقال تعالى والذين هم لفروجهم حافظون
الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم والمفروض عدم افادة المعاطاة الا للاباحة ولا تكون
الامة الماخوذة شيئا من القسمين والتفصيل قاطع للاشتراك واما تحليل الامة على ما هو
المشهور من الاعتراف به في مقابل قول نادر حكاه الشيخ ره وابن ادريس ره فهو عنوان

اخر

اخر متعلق بالاستمتاعات ولا بد فيه من لفظ صريح دال على اباحة كلها او بعضها ولهذا حكي بانه
لا يتعدى من اباحة الادون كالقبلة مثلا الى الاعلى كالوطي بخلاف العكس فيجوز التعدي
ويحكى في ذلك عن الجماعة انهم قالوا لا يكفي مثل اذنت في حل ض وطيها لعدم كونه نصا لجواز كونه
وان استشكل فيه بقوله وقد تقدم في باب عقود النكاح ما فيه اولى بالاشكال هنا لان
التحليل نوع اباحة ودائر بها واوسع الا ان الاشكال ليس في محله لثبوت جواز الاستمتاع
بما ثبتت في سببيته لها مع كون المقام من قبيل امر الفروج الذي دائرته اضيق مضافا
الى ان استشكاله ره بعد تسليمه لا يضر فيما نحن بصدده من لزوم معلومية اباحة
الاستمتاع كما يشهد به رواية عمار عن ابي عبد الله ع في المرأة تقول لزوجها جاريتي
لك قال لا يحل له فرجها الا ان تبيعه او تهب له ووجه شهادتها هو ان تحريم الجارية
لك لا يكاد يصح حمله على تحليل الاستمتاعات لاحتمال انها ارادت اباحة الخدمة ولا حاجة الى
ما تكلفه الشيخ ره من حملها على ما اذا قالت له انها ملك مادون الفرج من حيث منعها نظرا الى
ان من المعلوم من عادة النساء ان لا يحللن ازواجهن في حل من وطي امائهن كما
لا حاجة الى ما ارتكبه في الوسائل من حملها على التقية وح نقول ان الاباحة الحاصلة
بالمعاطاة ليست مما يفيد العلم بتحليل الاستمتاع خصوصا الوطي والاصل عدم حل التصرف
في مال الغير بغير اذنه خصوصا في الفروج واما دعوى قيام السيرة على وطي الامة الماخوذة
بالمعاطاة فهي ممنوعة عند هذا القائل اصلا او مبنية على المسامحة فلا عبرة بها ح وقال
بعض المعاصرين في مقام الاستدلال على القول المذكور واما التفصيل بين التصرفات
الموقوفة على الملك وغيرها فلعل الوجه فيه ان المتيقن من ادلة الاباحة انما هو الثاني فيبقى الاول
على عمومات المنع ولكن فيه ان معاقد الاجماعات مطلقة بل في كلام ان من اجاز المعاطاة
سوغ انواع التصرفات هذا وفيها ايضا ان الظاهر ان حمام الجارية كالاستخدام يدخل في الاباحة
ضمنا واما العتق فيتجه عدمه اذ لا عتق الا في ملك وفيه ان الحكم صحته وكشفه عن سبق

الملك علی نحو عتق عبدی عنك وعبدك عنی ونحوهما لاشتراك الجميع فی كونه من دلالة
الاقتضاء القاصرة عن ذلك والفرق بينهما لا يخلو عن تحكم ولكن لا يلزم منه الكشف عن
الملك من حين التعاطی كما يأتی فی البيع المنزل وان زعمه بعضهم ومثله نحو الحمام والا
انه يمنع كونه لاستخدام لافتقاره علی صيغة خاصة بخلاف الاستخدام ولذا قيل بعدم
جواز خاصة باهداء الجارية بالمعاطاة انتهی فو كسی والقول بعدم اباحة التصرف
مطلقا الی ظاهر النهاية لكن ثبت رجوعه عنه فی غيرها هذا هو القول بكون المعاطاة بيعا
فاسدا لما حكاه المحقق الثانی ره وغيره وانه رجع عنه واستدل لذلك بوجهين
احدهما ان ما قصد من الملك لم يقع وما وقع من الاباحة غير مقصود فلابد من
الرجوع الی … حرمة التصرف فی مال الغير بدون اذنه او رضاه مع انتفائهما هنا علی
عن جهة البيع المفروض فسادا و… ما ذكر من عدم وقوع ما هو المقصود بانه انما تم علی القول
بان المعاطاة لا يترتب عليها الا الاباحة الظاهر ان المقصود كان هو التمليك واما علی القول
بانها تفيد الملك لازما كما هو مذهب المفيد ره او جائزا كما هو مذهب المحقق الثانی ره
فالمقصود واقع واما ما ذكر من انتفاء الاذن والرضا فيجاب عنه اولا بثبوت احدهما من
المالك تبعا كما هو ظاهر المسالك والروضة وغيرهما الا بانه انتفاء بل ربما يستظهر ارادة
الجميع لذلك بل ظاهر الحدائق نسبته الی المعظم ولكن لا يخفی ما فيه لان الاذن انما وقع فی
ضمن البيع فهو مقيد به والمقيد ينتفی بانتفاء القيد ولو فرض تحقق اذن جديد مقصود
فهو خارج عن محل الكلام وثانيا من الشارع بدلالة الاجماعات المنقولة فی الحدائق ان
جواز التصرف مما لا نزاع فيه ولا اشكال مع اصالة بقاء الملك ولا مجال لدعوی عدم
ارادة تتم للاذن من جانب الشارع اذ لو لا ارادتهم لم يكن وجه لتمسكهم بالاجماع علی اثباته
اذ من المعلوم ان الاجماع لا دخل له باثبات وقوع الاذن من المالك اذ هو من دلالة
الشهيات ولا ربط له بالعادة ثانيهما ما ورد من انه انما يحلل الكلام ويحرم الكلام قال

فی الوافی

فی الوافی فی تفسيره الكلام هو ايجاب البيع وانما يحلل نفيا ويحرم اثباتا وفيه ان تقريب
هذا القول هو ان الخبر يدل علی انحصار الحلل والحرم فی الكلام فيكون ما ليس فيه كلام فاسدا
كما فيما نحن فيه وارادة هذا المعنی موجب لتخصيص الاكثر لثبوت الاباحة بدون الكلام
فی موارد كثيرة منها العقد بالاولی من البيع الثمانية المنصوص عليه فی الكتاب العزيز مضافا
الی ان اللفظ محتمل لارادة الحلل صريحا من غير حاجة الی القرينة فيكون الحصر باعتبار
عدم صراحة الافعال لاحتياجها فی الافادة الی القرينة مع احتماله لمعان اخر وظهور … مع
فی غير ما تم به الاستدلال هنا فالحق ان اللفظ مجمل محتمل لوجوه غير صالح للتمسك به
وستعرف التفصيل فی كلام المصنف ره فو كسی وذهب جماعة تبعا للمحقق الثانی ره الی
حصول الملك ولا يخلو عن قوة هذا القول قوی حول اذ لا اشكال فی كون المعاطاة بيعا عرفا
كما عرفت بيانه فی كلام المحقق الثانی الاردبيلی ره والمحدث الكاشانی ره وحكم البيع افادة
الملك بالاجماع ويدل لقوله تعالی احل الله البيع بناء علی ان المفهوم منه عرفا انما هو صحة البيع
لا افادة المصنف ره مضافا الی قيام السيرة المستمرة علی ترتب اثار الملك علی ما اخذ
بالمعاطاة وقوله تعالی ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم
ان لزوم الملك الخ وان كان من احكام البيع بدلالة رواية الحلبی عن ابی عبد الله
ايما رجل اشتری من رجل بيعا فهو بالخيار حتی يفترقا فاذا افترقا وجب البيع ومثلها
غيرها الا انه قام الاجماع علی كون هذا القسم الذی هو المعاطاة غير لازم وقد حكی صاحب
المستند ره حيث قال اعلم ان الشارع رتب احكاما علی البيع وليس هنا نص او اجماع دال
علی ان البيع او ما يتحقق به البيع ما هو حج فاما يقال انه ليس له معنی لغوی او عرفی
معلوم للناس قطع النظر عن الشرع فيلزم علينا الاقتصار فی ترتب الاحكام بما اتفق
الاجماع علی تحقق البيع به او يقال ان له معنی كذلك معلوما للناس فاما ثبت شرعا
باجماع او غيره شرط لتحقق البيع اولا فان ثبت فيقتصر فی تحقق البيع شرعا علی ما هو … كذلك

وان لم نثبت فيحكم بالترتب في جميع ما يتحقق به البيع عرفا ولغة ومن ذلك وما شابهه حصلت
الاختلاف فاشترط في عقد البيع في ظن عدم ظهور معنى لغوي او عرفي ينضبط الى الاقتصار
على موضع الاجماع وهذا محط قول جماعة بتخصيص البيع شرعا بما كان مع الصيغة المخصوصة
الجامعة لجميع الشرائط المختلف فيها ومن ظن ظهوره ولكن زعم الاجماع على اشتراط الصيغة
في تحقق البيع لزم القول به ولكن يقتصر في الشرط بما هو محل الاجماع يعني ما ثبت الاجماع بزعمه
على اشتراطه وهذا مناط قول جمع من يقول باشتراط الصيغة في تحقق البيع ولكن يوسع
في تحقق البيع بما يتحقق به لغة او عرفا والى هذا ينظر من اكتفى بمطلق اللفظ او بالمعاطاة ايضا
وههنا امر آخر وهو انه بعد تعيين معنى البيع او ما يتحقق به البيع عرفا وانه ما يشتمل على انه
ما يدل على نقل المالك ملكه الى الآخر بعوض معلوم بالطريق المعهود قد يقع الخلاف في الدال
فقد يقال باختصاص الدال الصريح بالصيغة المخصوصة فلذا يقول باختصاص تحقق البيع
بها والى هذا نظر طائفة من المشترطين للصيغة وقد لا يقال بالاختصاص فيعم واذ قد عرفت
ذلك تعلم ان وظيفتنا اولا الفحص عن انه هل للبيع معنى لغوي او عرفي نعلمه وانه
ما هو فنقول ان من البديهيات التي لا شك فيه ان لفظ البيع والشراء مما استعمله عامة
الناس من اهل الاسواق والبوادي والخارجين عن شريعتنا بل عن مطلق الشريعة
استعمالا خارجا عن حد الاحصاء وليسوا شاكين في معناه ولا مترددين ولا محتاجين
في فهمه الى القرينة فهذا يقول بعت واشتريت وذاك ابيع واشتري وثالث هل تبيع
وهل تشتري الى غير ذلك ويفهم المخاطب مراده من غير قرينة اصلا ولو لم يعلم القدر
المجمع عليه شرعا ولم يفهم اجماعا او شرعا ولم يقرع سمعه صيغة فيقطع بذلك ان ما يتحقق
به البيع امر مضبوط معلوم عند اهل العرف مع قطع النظر عن الشرع وهو ما يدل عرفا على
نقل المالك ملكه الى الآخر بعوض لصدق المبايعة اذ عند حصول ذلك يستعمل
لفظ البيع عندهم ويتبادر منهم حكمه حقيقة ولا يجوز سلب الاسم عنه سواء كان ذلك بقبض كل

من

من العوضين وهو المسمى بالمعاطاة او بقبض احدهما مع ضمان الآخر او بالقاء الدال على ذلك وعلى هذا
فلا يشترط في تحقق البيع عرفا صيغة مخصوصة من حيث انها هي وان وجب كون الفعل او اللفظ
دالا على النقل المذكور عرفا وهذا هو الذي يظهر من كلام الاكثر واليه نظر قول المحقق الشيخ علي
في شرح القواعد بان المعاطاة بيع بالاتفاق واحرى به المعروف من الاصحاب واما ما يظهر من
بعضهم من الخلاف في تسمية المعاطاة بيعا وهو ممن شك فيها او نافى لما في الغنية
الاجماع على العدم وفي الروضة اتفاقهم على انها ليست بيعا فالظاهر ان المراد البيع الشرعي
اي ما يوجب الانتقال شرعا حيث يزعم اشتراط صيغة خاصة وانعقاد الاجماع عليه فلا
تخالف بين دعوى الاجماعين ولو اراد نفي البيع العرفي ففساده ظاهر لوجوه منها الاستعمال
فانه يقال ابتعنا الخبز واللحم وبعته ولم يتحقق امر سوى المعاطاة والاصل فيه الحقيقة
وعموميته انما هو مع تعدد المستعمل فيه وهو ههنا غير ثابت واستعماله فيما كان مع الصيغة بين
التفاهم لا يثبته لجواز كون المستعمل فيه هو القدر المشترك وهو النقل المذكور بل هو
كذلك ولذا لو فرض استقرار عرف على المبايعة بفعل او لفظ آخر يصح استعمال البيع والشراء
او بعد تحققه ومنها عدم صحة السلب فانه اذا اتخذ احد حرفة بيع الكرابيس والرقيق او غيرهما
وكان بيعها مثلا بالمعاطاة يقال انه بياع الكرابيس مثلا ولو لم يتلفظ بصيغة ابدا ولا يجوز ان يقال انه ليس كذلك
لا يشك اهل السوق وارباب الحرف ولو امر احد بيبع كرباس فباعه بالمعاطاة او بلفظ غير الصيغ
المخصوصة لا يجوز له ان يقول ما بعته ولو عاتبه لعدم الامتثال لذم وهذا ظاهر جدا ومنها
التبادر فانه يتبادر من ذكر البيع والشراء فوق حد الاحصاء عند اهل العرف من البوادي
يفهمون معنا ويتبادر عندهم مع انهم لا يعرفون صيغة بل لم يسمعوها في الاكثر ويدل
عليه ايضا قول القائل بعت متاعي ولكن ما اجريت الصيغة وصحة الاستفسار بعد قوله ذلك
انه هل اجريت صيغة ويجري اكثر تلك الوجوه وجميعها في قبض احد العوضين مع ضمان الآخر
وفي التلفظ بالالفاظ المفهمة لنقل المالك ملكه بها بالنقل المذكور فيتحقق البيع بجميع ذلك عرفا

ثم انه بما ذكرنا ثبت ان البيع يتحقق عرفا بحصول ما يدل على النقل المتقدم مطلقا سواء كان لفظا
او غير لفظ لكن لا يثبت عدم اختصاص الدال على ذلك النقل في اللفظ المخصوص بل ولا في مطلق
اللفظ وجميع ما ذكرنا يدل عليه وبعد ثبوت تحقق البيع بما ذكر عرفا يثبت لغة وشرعا ايضا
بضميمة الاصل واذ قد ثبت كونه بيعا شرعا يلزم ان يكون جائزا او يباح به التصرف للطرفين
فيما نقل اليه ولو لم يتلفظ بالصيغة بعمومات الكتاب والسنة الدالة على حلية البيع وجوازه مضافا
الى الاجماع القطعي المستفاد من عمل الناس في الاعصار والامصار حتى في زمان النبي صع
من غير نكير ومن فتاوى العلماء بالنسبة الى المعاطاة وقول العلامة ره في النهاية بكون المعاطاة
فاسدا فيلزمه عدم جواز التصرف شاذ مع انه قده قد رجع عنه ويلزم من جواز التصرف شرعا
وامضاء الشارع اياه زوال ملكية المبيع من البايع وحصولها للمشتري شرعا اذ لا معنى
لتحليل الشارع وامضائه نقل الملك الذي هو معنى البيع بل قوله في مواضع كثيرة بع وبيعوا
وامثالها الا بمعنى النقل شرعا هذا كلامه زيد مقامه وبما ذكرنا ظهر سقوط ما استدل به القائل بعدم
الملك مع اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك من الوجوه التي تقدم ذكرها عند
حكاية ذلك القول اما استقرار السيرة المستمرة على التصرف في المأخوذ بالمعاطاة فلان ذلك
اعم من مقصوده فلا يلزم افادتها الملك انه بل هو بما انسب لما هو واضح واما الاجماع المدعى في
الغنية والروضة وغيرهما فلكونه بالنسبة الينا منقولا لا يفيد لو توقف بعد ما عرفت من الدليل
على كون المعاطاة بيعا مضافا الى ما سيأتي في كلام المقدس ره عن الشهيد ره من ان الاشهر عنده بانه لا بد
من الصيغة وانه يدل على وجود الخلاف المعتد به في المسئلة ولو كان المخالف شاذا لعبر بالمشهور
واما الرواية الدالة على حصر المحلل والمحرم في الكلام فهي بظاهرها الذي تخيله المستدل لا يناسب
مذهبه لانه ينفي الحل عند انتفاء الكلام ومقصوده اثبات اباحة التصرفات حتى المتوقفة على
الملك وحمله على نفي اللزوم انما هو لاجل الجمع بينها وبين ما دل على حصول الاباحة بالتراضي الحاصل
المعترف بوجوده موقوف على اعتبار ذلك الدليل بحيث يصلح صارفا لتلك الحصر عن ظاهرها

وهو

وهو ممنوع مضافا الى ما سيأتي في كلام المقدس من الكلام في دلالة تلك الرواية واما ما وقع
في بعض الاخبار الناهية عن بيع المصحف من قوله ع لا تشتر كلام الله ولكن اشتر الجلد
والحديد والدفة وقل اشتري منك هذا بكذا وكذا فلمنع الدلالة على توقف الصحة او
اللزوم على القول المذكور لاجل تحقق البيع بل انما هو لاجل تعيين المبيع في مقام لا يمكن
تعيينه الا باللفظ واين هذا من مدعاه واما الصحيح المشتمل على بيع اطنان القصب فلانه
لا يدل على حصر البيع فيما كان مشتملا على الايجاب والقبول غاية ما في الباب انه ذكر
فيه احد افراد البيع ونحن لا نأبى من ذلك واما استصحاب بقاء ملك المالك الاول
لو فرض وقوع الشك في بقائه فلان الاصل لا يقاوم الدليل وقد بينا ما فيه كفاية قوله ره
وكذا صرح في الغنية بكون الايجاب والقبول من شرائط صحة البيع ودعوى ان البيع
الفاسد عندهم ليس بيعا قد عرفت الحال فيها اشار به بل الكلام الى جواب سؤال
مقدر وهو انه يمكن ان يكون كلام ابن زهرة مبنيا على ان البيع الفاسد ليس بيعا
فلا يكون البيع الا اسما للصحيح وح يكون قوله من شرائط صحة البيع بمنزلة قوله
من شرائط تحقق البيع ويلزم منه ح ان ما ليس مشتملا على الايجاب والقبول لا يكون
بيعا وحاصل الجواب انك قد عرفت ان البيع وامثاله من الفاظ المعاملات ليست
اسامي للاعم وعلى هذا يكون الصحة وصفا زائدا على ماهية البيع وتوقف ثبوت الوصف
المذكور للبيع على الايجاب والقبول لا يتم الا بالنظر الى لفظ اللازم كما في المعاملات التي
يتوقف صحتها على الايجاب والقبول قوله ره ومع حصوله في يد الغاصب اي حصول
المأخوذ بالمعاطاة والمراد غصب الغاصب بعد وقوع المعاطاة عليه قوله ره فالقول
بانه المطالب لانه تلف بالغصب او التلف في يد الغاصب غريب الضمير المنصوب
بان يعود الى المشتري بدليل اسم الظاهر في قوله في يد الغاصب والمطالب بصيغة اسم
الفاعل عند قوله ره واما ما ذكره من لزوم كون ارادة التصرف مملكا فلا يأبى

بالتراضي آه وقد يجاب عما ذكره بوجهين احدهما النقض بما لو اباح بعوض فانه يملك من حين
بجواز جميع التصرفات وكون التصرف على حسب التصرف فيما نحن فيه ثانيهما انه لم يقل احد
بحصول الملك بالتصرف غاية الامر انهم حكموا بجواز التصرف مع عدم الضمان وهو غير ملازم
للملكية فوكسي واما ما ذكره من تعلق الاخماس والزكوات الى آخر ما ذكره فهو استبعاد
محض آه والتزم بعض من تاخر هنا بمنع تعلقها به ما لم يتحقق تصرف من احد الجانبين
مع ان الغالب حصول التصرف الموجب للملك فوكسي ودعوى مخالفته للسيرة
رجوع اليها يعني انه ان اريد دفع تعلق الزكوات والاخماس بالماخوذ بالمعاطاة لكون
تعلقها به مخالفا للسيرة ففي المورد ولا يضر بذلك تاسيس قاعدة جديدة حاصلة من القول ٢ صار ذلك رجوعا الى السيرة صح
بافادة المعاطاة للاباحة مع قصد المتعاطيين التمليك فوكسي مع ان تعلق الاستطاعة
الموجبة للحج وتحقق الغنى المانع عن استحقاق الزكوة لا يتوقفان على الملك وذلك لكونهما
اعم من الملك بالفعل الا ترى ان من يبذل له الزاد والراحلة لا يملكهما الا بالفعل ولكن تحقق
الاستطاعة بالتمكن من الوصول الى ما يحتاج اليه في كل زمان وكذلك الغنى يحصل
بكون الانسان ذا صنعة يحصل منها ما يفي به نفسه وعياله الواجبي النفقة على
سبيل التدريج في كل وقت بحسبه فوكسي واما كون التلف مملكا للجانبين فان ثبت
باجماع او سيرة كما هو الظاهر كان كل من المالين مضمونا بعوضه نظير تلف المبيع قبل قبضه
في يد البايع لان هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الاجماع وبين عموم على اليد آه اجاب بعض
مشايخنا عن اصل اشكال شارح القواعد بهذا الوجه بانه ان ثبت كون التلف مملكا
للجانبين باجماع او سيرة كما هو الظاهر كان ذلك من جهة تحقق رضا المالك وامضاء
الشارع له وان شئت قلت ان ذلك لكون المعاطاة اباحة بعوض على ما نسب
الى الاكثر وقد امضاه الشارع ولا يلزم من هذا مخالفة شيء من القواعد المقررة او من
جهة ان تلف كل من المالين انما هو من باب مقاصة مالك التالف برضاه بالعوض الذي قبضه

ثم

ثم ان ذلك البعض اعترض على المصرة بان حكمه بان ذلك مقتضى الجمع بين الاجماع على كون
التلف مملكا وبين عموم على اليد انما هو اثبات الضمان بمعنى لزوم رد العين مع وجودها ودفع
المثل او القيمة على تقدير تعذرها واما تملك غيرها فهو ثابت في المقام من تملك العوض المعين
عندهما فوكسي والقول الثاني لا يخلو عن قوة وقال بعض من تاخر ان هذا القول هو
الذي يقتضيه التحقيق لصدق اسم البيع على المعاطاة فيشمله قوله تعالى احل الله البيع
وقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فان مقتضى هاتين الايتين وان كان هو اللزوم
لكن مقتضى الجمع بينهما وبين الاجماع المدعى على اشتراط الصيغة هو القول بالملك
الغير اللازم ومنه يظهر فساد ما استحسنه الشهيد الثاني ره في المسالك من الاكتفاء بمطلق اللفظ
ضرورة انهم يعتبرون الالفاظ المخصوصة كما يشهد به اهتمامهم في ضبطها وحصرها والتخصيص
والتنصيص وقيام السيرة المستمرة على ترتب اثار الملك على الماخوذ بالمعاطاة من البيع
والشراء والوطي والوصية وغيرها من التصرفات الموقوفة على الملك ودعوى ان مقصود
المتعاطيين انما هو اباحة التصرف في العوضين وتسمية ذلك بيعا انما وقعت منهم من
باب المسامحة فان هذا غير مناف لما قام عليه السيرة من جميع التصرفات حتى الموقوفة على الملك ٢ جواز
لعدم الفرق على القول بالاباحة المجردة والملك المتزلزل في شيء من الاحكام الا في النماء كما صرح
به غير واحد فاسد لمنع المسامحة في ذلك لانا نجد امارات الحقيقة في اطلاق اسم البيع على
المعاطاة من التبادر وعدم صحة السلب ولا يصغى الى الدعوى المذكورة نعم يمكن ان
يقال انه بعد الاجماع على عدم لزومها كما هو الظاهر لعدم القائل باللزوم ومصير الاصحاب
الى المفيدة مع ما في صحة النسبة من التامل وبعد عدم اشتراطها بما هو شرط في البيع من
البلوغ كما نص عليه في شرح القواعد وعدم قدح الجهالة في صحتها كما صرح به في مفتاح الكرامة
وادعى عليه اطباق العلماء لا يصح الحكم بكون المعاطاة بيعا لانتفاء لوازم البيع من اللزوم
كما يدل عليه قوله ص البيعان بالخيار ما لم يفترقا فان قوله تعالى احل الله البيع نظرا الى انه ناظر الى

المتعارف بين الناس وليس الا البيع اللازم ومن اشتراط البلوغ وقدح الجهالة في صحته يدل
على انتفاء اللزوم لان الامر دائر بين التخصيص والتخصص وبيان ذلك انا ان قلنا
بكون المعاطاة بيعا فلا بد وان نقول بانها قد خرجت عن عموم الادلة الدالة على الاحكام
واللوازم المذكورة فيلزم التخصيص في عموم تلك الادلة وان قلنا بانها خارجة عن موضوع
البيع فلا يلزم التخصيص في تلك الادلة ومن المعلوم انه اذا دار الامر بين التخصيص والتخصص
فالثاني اولى وعلى هذا فلا تكون المعاطاة بيعا فلا بد اما من القول بكونها معاملة مستقلة
كما اختاره في شرح القواعد والقول بكونها مفيدة لمجرد الاباحة لكن الاول فاسد لقيام الاجماع
على خلافه وتوضيحه انه لو كان في الشرع معاملة مستقلة غير ما ذكر في الكتب الفقهية لتعرضوا لها
لها ولم يقل بما اختاره احد فيتعين القول بالثاني هذا ولكن يمكن دفعه بان ذكر صدق
اسم البيع عليها فيشملها ادلته غاية الامر يكون قيام الاجماع على عدم اللزوم فيها
دليلا مخصصا لما استفاد من ادلة البيع من كون اللزوم من اوصافه اللازمة واما عدم
اشتراط البلوغ فيها وعدم قدح جهالة العوضين فيها فلان قام عليهما ادعا شئ
منهما الاجماع فالحكم في حكم اللزوم من لزوم التخصيص والا كان اللازم هو القول بمشاركة
المعاطاة لغيرها من اقسام البيع في اشتراط البلوغ والعلم بالعوضين هذا تمام ما قاله
ذلك البعض ويتجه ما في دعوى دلالة الآيتين على لزوم البيع لان كونهما اشارتين ذلك لا يخفى
الى ما هو المتعارف من البيوع لا تقتضي لزومها لانه من الاحكام الشرعية ولو عند اهل
العرف والعادة لامرين وضعا الافراد على وجه يترتب عليه الحكم والحكم على البيع يراد يعطي
الاثبات ذلك الحكم له الحكم من دون نظر الى حكم عندهم كما هو الشان في سائر موارد
الحكم على الموضوعات خصوصا اذا وقع مثل القيد الواقعة في الآيتين من الحكم بحل الحل و
الاستثناء من الاكل بالباطل وقد اعترف ذلك البعض بكون اللزوم والجواز من
قبيل الاحكام الشرعية في غير هذا المورد وصرح به المصرة انتهى ثم ان هذا الذي ذكره

ذلك

ذلك البعض هنا مناف لما وقع منه سابقا في مقام الايراد على الشهيدين رحمهما الله من ان الطريقة
التي استقر عليها بناء اهل العرف انما تعتبر في المفاهيم الكلية دون تمييز المصاديق
مؤيدا لما اوردناه عليه هناك من ان انظار اهل العرف وان لم تكن معتبرة في تمييز المصاديق
في غير المقام الا انه يمكن ان يقال ان هذا المقام لا يقاس بغيره من المقامات ضرورة ان البيع
ونحوه من العقود انما هي من قبيل ما كان متقررا بين الناس ثابتا عندهم وقد امضاها الشارع
غاية ما في الباب انه زاد على ما كان متقررا عندهم شروطا ومعلوم ان اللازم حينئذ
اتباع ما علم منه من الشرائط التي اعتبرها وترك ما لم يثبت فيؤخذ بما عندهم لعلمنا بان الشارع قد امضاها
ولا شيء هم انا حيث الزمنا بالامضاء يلزمنا الحكم باللزوم لانه كان متقررا عندهم لانا انما نلتزم
بامضاء الموضوع وسببيته للملك في الجملة ولا نلتزم بامضائه على خصوص وصف اللزوم
فحينئذ نستفيد اللزوم فيما ثبت فيه من الادلة الشرعية الاخر ومما يشبه ايضا ما اوردناه
على ذلك البعض هو انه بناء على ما ذكره يلزم ان يكون ادلة الخيارات كلها مخصصة لقوله
احل الله البيع وقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ودلالتهما على نفي اللزوم
بالنسبة الى موردها فوق كونه مضافا الى امكان دعوى كفاية تحقق الفقد المشترك
في الاستصحاب قال المصرة في رسالة الاستصحابية بعد تقسيم استصحاب المتيقن السابق
اذا كان كليا في ضمن فرد شك في بقائه منه الى القسم الذي هو من قبيل ما نحن فيه واما
الثاني فالظاهر جواز الاستصحاب في الكلي مطلقا على المشهور نعم لو نعين ببعض الاحكام الفرد الذي
يستلزم بقاء الكلي ذلك الفرد في الواقع سواء كان الشك من جهة الرافع كما اذا علم بحدث
البول والمني ولم يعلم الحالة السابقة فانه يجب الجمع بين الطهارتين فاذا فعل احديهما
وشك في رفع الحدث فالاصل بقائه وان كان الاصل عدم تحقق الجنابة فيجوز له
ما يحرم على الجنب ام كان الشك من جهة المقتضي كما لو تردد من في الدار بين كونه
حيوانا لا يعيش الا سنة وكونه حيوانا يعيش مائة سنة فيجوز بعد السنة الاولى استصحاب الكلي

المشترك بين الحيوانين ويترتب عليه آثاره الشرعية الثابتة دون آثار شيء من الخصوصيتين
بل الحكم بعدم كل منهما لو لم يكن مانع عن اجراء الاصلين كما في الشبهة المحصورة وتوهم عدم
جريان الاصل في القدر المشترك من حيث دورانه بين ما هو مقطوع الانتفاء وما
هو مشكوك الحدوث ومحكوم بالانتفاء بحكم الاصل مدفوع بانه لا يقدح ذلك في استصحابه
بعد فرض الشك في بقائه وارتفاعه اما لعدم استعداده واما لوجود الرافع هذا ما اردنا
نقله من كلامه زاد الله في اكرامه قوله فتامل لعله اشارة الى دفع توهم ان الحكم
ببقاء الملك هنا بعد الرجوع لا يلائم ما ذهب اليه من ترتيب احكام القدر المشترك
دون شيء من الخصوصيتين لان البقاء بعد الرجوع انما هو من آثار الملك اللازم
هو احد الخاصين المردد بينهما ووجه الدفع ان هذا معنى الاستصحاب بالنظر الى هذا
المورد الخاص لانه عبارة عن الحكم بالبقاء والمفروض ان احد طرفي الشك هو الملك
المستقر والآخر هو الملك المتزلزل وان موضوع الشك في البقاء والزوال انما هو بعد
الرجوع فمعنى الاستصحاب ح هو الحكم بالبقاء في هذه الحالة التي هي ما بعد الرجوع
يوضح هذا ان قائلا لو نذر ان يوقع معاملة لازمة او يعطي من اوقع معاملة لازمة
درهما لا يبر نذره بايقاع المعاطاة في الاول واعطاء من اوقعها في الثاني ويمكن تقرير
وجه التامل بوجه آخر وهو ان قائله اشارة الى دفع توهم ان استصحاب القدر المشترك
لا يفيد في اثبات ما هو المقصود من الملك اللازم لانه احد الخاصين المردد بينهما وقد
نفى صحة اثبات كل من الخصوصيتين ووجه الدفع انه وان كان مقتضى القاعدة ذلك الا ان
خصوص المقام مقتض لما يخالفه وذلك لان انتفاء الملك بعد الرجوع عبارة اخرى عن اللزوم
قوله لكن الكلام في قاعدة اللزوم في الملك تشمل العقود ايضا فيعلم ان تعيين القصد
المفروض في العقود وان كان لا تجري في غيرها من المعاملات الفعلية فيختص بالقول
الا ان اصالة اللزوم في الملك على خلافها فلا تختص بغير العقود بل تجري فيها ايضا

قوله

قوله وكذا لو شك في ان الواقع في الخارج هو العقد اللازم او الجائز كالصلح من دون عوض
والهبة نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة اعلم ان الخلاف في العقد اللازم والجائز قد يقع بين
المالك وغيره وقد يقع بين الخارجين اما الاول فمثاله ان يقول الخارج صالحتني بغير عوض
او وهبتني كذلك فيقول المالك بل بعتك بكذا درهم فان كان لاحدهما بينة دون الآخر كان
الحكم لذي البينة ولو اقام كل منهما بينة التمس المرجح كالاعدلية والكثرة العدد فان وجد والا
عمل بما هو مذكور في كتاب القضاء وان لم يكن لاحد الطرفين بينة احتمل التحالف فيبطل
العقدان المدعى بهما واحتمل تقديم قول مدعي العقد اللازم لموافقة قوله للاصل واما الثاني
فمثاله ما لو تداعى زيد وعمرو في عين لبكر فقال احدهما باعنيها وقال الآخر وهبني
اياها بغير عوض والحكم كما ذكر لكنه قد يختلف الحكم بالنظر الى بعض ما هو من هذا القبيل
لاشتماله على ما يوجب الاختلاف ولهذا قال العلامة ره لو ادعى انه آجره الدابة التي في يده
وادعى آخر انه اودعه اياها ولا بينة حكم لمن يصدقه المتشبث ولو اقام كل منهما بينة
بدعواه وتحقق التعارض وعمل بالقرعة مع تساوي البينتين عدالة وعددا انتهى
ووجه مخالفة هذا الفرض لما قبله وهو وجود المتشبث هنا ولهذا اعتبر تصديقه فيه
دون ما قبله والحكم في احتمال التحالف او تقديم قول من يوافق قوله اصالة اللزوم
عند فقد البينة او تصديق المتشبث ما عرفت قوله بناء على ان العقد هو مطلق
العهد كما في صحيحة عبد الله بن سنان وفي الصافي في تفسير الآية عن القمي عن الصادق ع
اي بالعهود قوله ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها مع ذهاب
كثيرهم او اكثرهم الى انها ليست مملكة وانما تفيد الاباحة لم يكن هذا الاتفاق كاشفا عن قول
باللزوم ومع الملكية ولم يقل بها الا بعض من تاخر من المحقق الثاني ره تعالى وهذا
مما يوهن حصول القطع بل الظن من الاتفاق المذكور بان قول الاكثر بعدم اللزوم
سالبة بانتفاء الموضوع بما ذكرت كان العلامة ره خصوصا كلامه في التحرير يفيد لوقوع

الخلاف في لزوم المعاطاة ان اراد انه يبحث انا لو فرضنا الاتفاق على عدم اللزوم لم يكن ذلك مما
يستكشف به عن تحقق الملك بان تكون المعاطاة تفيد ملك العين الغير اللازم وذلك لان
القول باللزوم فرع الملكية ونفي الفرع كما مع بقاء اصله اذ انتفى بنفسه كذلك يصح بنفي
اصله وذهاب اكثرهم الى ان البيت بملكه يصير دليلا على ان نفي الفرع هنا انما هو بنفي اصله
بمعنى ان البيت مفيدة للملك حتى تصير لازمة مع اختيار الاكثر نفي الاصل الذي هو الملكية
وعدم مصير احد اليها لا يحصل القطع بل لا يحصل الظن بان مرادهم من العنوان الذي اتفقوا
عليه اعني عدم اللزوم هو اثبات الملكية بدون وصف اللزوم لان قولهم بعدم
اللزوم يصير بدلالة القرينة المذكورة التي هي مصير الاكثر الى عدم الملكية سالبة بانتفاء
الموضوع لكون نفي اللزوم عندهم من جهة نفي افادتها للملكية فالحاصل ان نفي اللزوم
لو كان باعتباره في نفسه امكن استكشاف اثباتهم للملكية لكن بعد قيام القرينة
على ان نفي الصفة انما هو باعتبار نفي الموصوف فلا يمكن استكشاف ذلك منه قوله
فتامل الظاهر انه اشارة الى انه اذا كان المقصود هو نفي القول بالملك اللازم من دون
قصد اثبات الملك الجائز لم يحتج الى ضم مقدمة اخرى ودعوى الاجماع المركب
لان نفس الاتفاق على عدم اللزوم كاف في نفي الملك اللازم وافيد فغير قوله
وكيف كان فتحصيل الاجماع على وجه استكشاف قول الامام عم من قول غيره من العلماء
كما هو طريق المتاخرين مشكل لما ذكرنا هذا بيان لنتيجة الكلام الذي ذكره قبل قوله
ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها الخ واشار بالتعليل الى ما ذكره
من عدم تحقق الاتفاق ومن دلالة كلام العلامة ره على وجود الخلاف المعتد به في المسئلة
وعلى هذا فلا يحصل الاستكشاف عن قوله عم بطريق المتاخرين الذي هو طريق الحدس
الحاصل من اتفاق الاتباع والموصول به الى قول المتبوع لانه وان كان الاجماع على
طبق فتوى القدماء ممكنا لاهله بان يكون هناك جماعة تشتمل اقوالهم على قول المعصوم

ولا يقدح خروج اشخاص معلومي النسب وان كانوا كثيرين وانما قلنا ان ما ذكره المصنف ره تصحيح للكلام
نتيجة ما قبل قوله ثم فرضنا الظهور قوله وكيف كان ذلك من جهة ان هذه العبارة انما وقعت في
مقام الاعراض عن ذيل الكلام والرجوع الى ما هو المقصود الاصلي مضافا الى انه لا يمكن ان يقال
ان قوله لما ذكرنا اشارة الى ما ذكره في نفي دلالة الاتفاق على عدم اللزوم على فرض تحققه على
القول بالملك الجائز استنادا الى مصير اكثرهم الى ان المعاطاة ليست مملكة لانه وان امكن
ان يقال ان غاية مصير الاكثر الى عدم افادتها للملك انه يكشف عن ان مراد الاكثر بعدم
اللزوم هي السالبة بانتفاء الموضوع فلا يدل على كون مذهب الباقين ذلك فيصير سالبة
بانتفاء المحمول لكن لا يصير قول الباقين مما يصح الاستكشاف به عن قول الامام عم
على طريقة المتاخرين وان كان يصح الاستكشاف به على طريقة القدماء من حيث ان كل جماعة
تضمنت اقوالهم قول الامام عم يتحقق بهم الاجماع ولا يقدح خروج معلومي النسب وان كانوا
كثيرين الا انه يشكل الامر من جهة ان غاية ما هنالك ان يصير قول الباقين ظاهرا في
السالبة بانتفاء المحمول ان لم يمنع الظهور ايضا استنادا الى عدم القائل بالملك الجائز
قبل المحقق الثاني ره فلا يصير نصا في التزامهم بالملك الجائز ويصير هذا سببا لعدم حصول
الاستكشاف بقولهم عن قول المعصوم عم لا على طريقة المتاخرين ولا على طريقة القدماء فلا ينتظم
وضع العبارة لانه لا بد ان يكون قوله لما ذكرنا اشارة الى وجه مانع عن الاستكشاف على طريقة
المتاخرين غير مانع على طريقة القدماء كما لا يخفى على من تدبر قوله وبالجملة فما ذكره في
المسالك من قوله بعد ذكر قول من اعتبر مطلق اللفظ في اللزوم ما احسنه اه قال في المسالك
في شرح قول المحقق ره سواء في ذلك الحقير والخطير على اللفظ رد على بعض العامة حيث اكتفى
بالمعاطاة في المحقرات واقاموها فيها مقام البيع واختلفوا في تحديدها فقال بعضهم ما لم يبلغ
نصاب السرقة واحالها اخرون على العرف كرطل خبز وغيره مما يعتاد فيه المعاطاة وهو خلاف ما
اختاره متاخروا الشافعية وجميع المالكية انعقاد البيع بكل ما دل على التراضي وعده الناس

وهو قريب من قول المفيد وشيخنا المتقدم وما احسن ما اعترف دليلا انه لم ينعقد الاجماع على
خلافه انتهى قوله قدس سره وقد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار بل قد يدعى انه يظهر منها انتفاء اللزوم
بانتفاء مطلق اللفظ الدال على الانشاء سواء لم يوجد لفظ اصلا ام وجد ولكن لم ينشأ به
التمليك ففي الصحيح عن بيع كذا وكذا حنطة كذا بكذا درهما فباع المشتري بربح قبل القبض واعطاء ٢ لعله السؤال
الثمن لا بأس بذلك الشراء أليس كان قد ضمن ملك الثمن قلت نعم قال فالربح له وهو يدل على
جواز البيع من حيث حكمه عليه السلام بكون الربح للمشتري بمجرد ضمان الثمن على وجه يفيد ان
الحكم مداره لانه عليه السلام استفصل عن انه ضمن له الثمن فاذا قال نعم قال عليه السلام فالربح له ولا ريب ان
ضمان المثل الثمن يصدق مع عدم وقوع الايجاب والقبول بلفظ خاص ومن المعلوم ايضا
انه لو لم يملك المشتري ما اشتراه لم يصح بيعه ولم يكن الربح له اذ لا بيع الا في ملك كما تظافرت
به الاخبار وفي صحيحة جميل الواردة فيمن اشترى طعاما وارتفع او نقص وقد اكتال
بعضه فابى صاحب الطعام ان يسلم له ما بقي وقال انما لك ما قبضت انه عليه السلام قال ان كان
يوم اشتراه ساعره على انه له فله ما بقي ووجه الدلالة ظاهر لان المساعرة اعم من وقوع
الايجاب والقبول بالفاظ خاصة وقد جعل عليه السلام الحكم بكون الباقي للمشتري مع ان الناس
منوطا بالمساعرة وذلك لا يتم الا بلزوم البيع بها وفي صحيحة العلاء انه امر بالرجل فيعرض على
الطعام الى ان قال فاقول له اعزل منه خمسين كرا او اقل او اكثر بكيله فيزيد وينقص والى
ذلك ما يزيد بمن هو قال عليه السلام هو لك الحديث فان ظاهره عدم وقوع الصيغة الخاصة وقد
حكم عليه السلام بكون المال له على وجه يظهر منه انه لو حاول البايع منع البيع من جهة حصول الزيادة
لم يكن له ذلك ومع التنزل عن ظهوره في عدم وقوع الصيغة الخاصة نقول في وجه الدلالة
انه يكفي العموم المستفاد من ترك الاستفصال قوله قدس سره بل يظهر منها ان ايجاب البيع باللفظ
دون مجرد التعاطي كان متعارفا بين اهل السوق والتجار هذا الظهور يحصل من ملاحظة
اخبار متعددة بمعنى ان التعارف يستفاد من المجموع الا ان كل واحد منها يدل عليه لوقوع

السؤال

السؤال في كل منها عن القضية المتعلقة بها لكن يعلم من الاطلاع على جميع ما ورد في الابواب المتفرقة
من البيع وغيره ان ايجاب البيع باللفظ الغير المشتمل على جميع شرائط الصيغة مما اعتبرها الفقهاء
من الماضوية وغيرها كان متعارفا وقد صرح المصنف قده في بيان في المقدمة التي قررناها ان خصوص
الفاظ عقد البيع بتلك وقلنا الذي يظهر من النصوص المتفرقة في ابواب العقود اللازمة والفتاوى
المتعرضة لصيغها في البيع بقول مطلق وفي بعض انواعه وفي غير البيع من العقود اللازمة الاكتفاء
بكل لفظ له ظهور عرفي معتد به في المعنى المقصود فلا فرق بين قوله بعت وملكت وبين قوله
نقلت الى ملكك او جعلته ملكا لك بكذا واذا عرفت ذلك فنقول ان من جملة الاخبار
التي اليها صحيحة العلاء المذكورة في ذيل الكلام على المتن الساق حيث اشتمل سؤالها على
قول السائل فاقول له اعزل منه خمسين كرا ومنها ما في الوسائل في باب جواز اخذ
السمسار والدلال الاجرة على البيع والشراء مسندا عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال سألت
ابا عبد الله عليه السلام عن السمسار يشتري بالاجر فيدفع اليه الورق ويشترط عليه انك تأتي بما تشتري
فما شئت اخذته وما شئت تركته فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع فيقول خذ ما رضيت
ودع ما كرهت قال لا بأس ومنها ما في باب جواز بيع المبيع قبل قبضه عن اسحاق بن عمار قال
سألت ابا عبد الله عليه السلام عن القوم يدخلون السفينة يشترون الطعام فيتساومون بها ثم
يشتري رجل منهم فيسألونه فيعطيهم ما يريدون من الطعام فيكون صاحب الطعام هو الذي
يدفعه اليهم ويقبض الثمن قال لا بأس ما اراهم الا وقد شركوه الحديث ووجه الدلالة انه
ليس شيء من المعاملتين على وجه وقع فيه الصيغة الخاصة المقررة وانما وقع المقاولة
كما لا يخفى على من تدبر ويمكن استظهاره مما ذكره المصنف من ملاحظة اخبار اخر في ابواب البيع
لا يخفى على من تتبع وان كان بعضها اوضح من بعض بل يظهر من بعض الاخبار جواز الاكتفاء
بغير الصيغة التي لم تجمع جميع ما وقع في كلام جماعة من الفقهاء رض باب المعاطاة وفي ذلك
الوسائل عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن الحسين بن سعيد عن اخيه الحسن عن زرعة

عن سماعة قال سالته عن اللبن يشترى وهو في الضرع فقال لا الا ان يحلب لك منه اسكرجة
فيقول اشترى منك هذا اللبن الذى في الاسكرجة وما في ضروعها بثمن مسمى فان لم يكن في الضرع
شئ كان في الاسكرجة قال ره ورواه الصدوق باسناده عن سماعة انه سئل ابا عبد الله ع
وذكر مثله ورواه الشيخ باسناده عن الحسين بن سعيد والذى قبله باسناده عن محمد بن يعقوب
قوله عن خالد بن الحجاج وابن نجيح الترديد بين خالد بن الحجاج وخالد بن نجيح قد ثبت
من اختلاف النسخ الصحيحة من الكافى وقد رايت نسخة قرات على العلامة المجلسى قده رسم فيها
على الوجهين قال العلامة ره في ايضاح الاشتباه خالد بن نجيح بالنون المفتوحة والجيم والحاء
المهملة اخيرا الجوان بالجيم المفتوحة والواو المشددة والنون اخيرا انتهى وقال المجلسى ره في
حواشى الكافى ان خالد بن نجيح مجهول قوله فيكون وجوده محللا وعدمه محرما او بالعكس
او باعتبار محله وغير محله فيحل في محله ويحرم في غيره ويحتمل هذا الوجه الروايات الواردة في
المزارعة مثال الاصل عقد النكاح فان وجوده محلل وعدمه محرم ومثال العكس صيغة الطلاق
وكذا اللعان والظهار ونحو ذلك وانما مثلنا بهذه الامثلة لان المصرة في ذلك انما هى في معنى
الفقرة مع قطع النظر عن صدر الرواية وهذا المستند في الجواب عن الاستدلال بالخبر المذكور
للمذهب المشهور وهو توقف اللزوم على تحقق الصيغة الخاصة فانه ليس ظاهرا في مطلوبهم
بل ولا محتملا له لانه لا يلايم جعل قوله ع انما يحرم تعليلا لسابقه بل المراد انه ان كان بحيث ان شاء
اخذ وان شاء ترك ولم يكن ما يوجب البيع فلا باس والا ففيه باس لانه انما يحرم ويحلل الكلام
فانه اوجب البيع يحرم والا فيحل له ورد في صحيحة يحيى بن الحجاج عن رجل قال لى اشتر هذا
الثوب او هذه الدابة وبعنيها اربحك فيها كذا وكذا قال لا باس بذلك اشترها ولا تبعه
البيع قبل ان تستوجبها او تشتريها وقد مر وهذا المعنى في احاديث اخر كصحيحة الحلبى عن
الرجل يزرع الارض فيشترط للبذر ثلثا وللبقر ثلثا قال لا ينبغى ان يسمى شيئا فانما
يحرم الكلام ونحوه في صحيحة سليمان بن خالد ورواية ابى ربيع الشامى انتهى وفي الوافى

الكلام هو ايجاب البيع وانما يحلل نفيا ويحرم اثباتا قوله لانه مع لزوم تخصيص الاكثر وجه
لزومه خروج التحف والهدايا والبيوت الثمانية المنصوص عليها في الكتاب الكريم في
الضيافة وجميع موارد شواهد الاذن بشاهد الحال والفحوى قوله فناظر الى اشارة
الى منع ما ذكره من الدعوى وهى عدم امكان المعاطاة في خصوص المورد بعض افراد المعاطاة
ثم يسلم الى من امره بالشراء مع كون التسليم مقرونا بالصيغة وعدمه نعم في حال المقاولة
ليست ممكنة ولا يلزم من ذلك عدم امكانها مطلقا قوله فان ظاهره على ما فهمه بعض
الشراح انه لا يكره ذلك في المقاولة التى قبل العقد وانما يكره حين العقد التعبير بالكراهة
مبنى على ما هو المشهور من كراهة نسبة الربح الى اصل المال خلافا للمحكى عن المقنعة والنهاية
والمراسم والنفى والقاضى فحملوا الاوليين لا يجوز وعن الثالث لا يصح وفي التذكرة ما لفظه
واما المرابحة فان نسب الربح الى اصل المال كان مكروها وليس باطلا عند علمائنا وذلك بان يقول
بعت هذه السلعة بمائة وربحتها بمائة درهم لكل عشرة درهم فيكون الثمن مائة وعشرة
دراهم ثم قال وهذا هو المشهور عند الجمهور انتهى وعن الخلاف دعوى الاجماع على الكراهة
وهذا هو المختار اذ لم نجد للقول بالحرمة او البطلان مستندا صالحا لذلك عدا رواية العلاء
الصحيحة المذكورة في المتن ورواية الحلبى الصحيحة عن ابى عبد الله ع قال قدم لابى متاع من
مصر فصنع طعاما ودعا له التجار فقالوا نأخذه منك بده دوازده قال لهم ابى وكم يكون ذلك
قالوا في عشرة الاف الفين فقال لهم ابى فانى ابيعكم هذا المتاع باثنى عشر الفا فباعهم مساومة
ورواية حنان بن سدير قال كنت عند ابى عبد الله ع فقال له جعفر بن حنان ما تقول في العينة
في رجل يبايع رجلا فيقول ابايعك بده دوازده وبده يازده فقال ابو عبد الله ع هذا
فاسد ولكن يقول اربح عليك في جميع الدراهم كذا وكذا ويساومه على هذا فليس به باس الحديث
وانت خبير بان الاوليين لا يظهر منهما زائدا على الكراهة فان الامر يجعله جملة واحدة عند
جمع البيع في الاولى لعله من جهة التخلص عن الكراهة وفعله في الثانى لعله من جهة التخلص

عن الوجهين ... ان الذى ... عن ...
... بان ... على ...

عن اصحابنا الى ما في الوسائل عن جراح المدائني قال قال ابو عبد الله عليه السلام اني اكره البيع بده يازده
وده دوازده ولكن ابيعك بكذا وكذا وفيها بعده ذكره مثله ورواه الشيخ ره باسناده عن
الحسين بن سعيد عن القاسم بن محمد مثله وما فيها عن ابان عن محمد قال قال
ابو عبد الله عليه السلام اني لاكره بيع عشرة باحدى عشرة وعشرة باثني عشر ونحو ذلك من
البيع ولكن ابيعك بكذا وكذا مساومة قال واتاني متاع من مصر فكرهت ان ابيعه
كذلك وعظم علي فبعته مساومة وفيها بعده ذكره محمد بن الحسن باسناده عن الحسين
بن سعيد عن فضالة عن ابان مثله ودلالة هذه الاخبار على الكراهة اظهر من دلالة
الخبرين الاولين على الحرمة او البطلان من جهة لفظ الكراهة ونسبتها الى نفسه عليه السلام بقوله
اني لاكره فتكون قرينة على ان المراد بهما ما هو المراد بها من الكراهة ولو تنزلنا من
ذلك الى تساوي الطائفتين من جهة الدلالة فلا مناص من الرجوع الى قاعدة
التعارض ومقتضاها تقديم ما دل على الكراهة لتأيدها بعمل الاكثر ومع التنزل عن ذلك
ايضا فالمرجع اصالة الاباحة في مقابل القول بالحرمة وان كان هذا لا يتم في مقابل القول
بالبطلان هذا ولكن لجواهر ما نصه بل في الصحيح او الموثق كالصحيح اني اكره بيع عشرة باحدى
عشرة وعشرة باثني عشرة ما يقتضي بكراهة المرابحة مطلقا وان لم اجد به قائلا بعينه ثم قال
نعم في الرياض قد ذكر بعض الاجلة ان الظاهر من المعتبرة هنا كراهة المرابحة وادعيت
المساومة ولا الكراهة في موضوع المسئلة قال اي صاحب الرياض وهو كذلك لولا [illegible]
لفهم الطائفة انتهى فتأمل وينبغي التنبيه على امور الاول قوله
والظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم على القول بافادتها الملك بيع يعني عند من قال بهذا القول
والدليل عليه ما اشار اليه من تمسكهم له بقوله تعالى احل الله البيع ومقابل الظاهر احتمال
انهم يرون انها معاوضة مستقلة على ما حكاه المقررة عن حواشي الشهيد ره في بيان
ولكن لا يخفى عليك انه بعد الاستدلال بالاية المذكورة لا يبقى احتمال المعاوضة المستقلة

الا احتمالا

الا احتمالا موهوما في كلام المستدلين بها مبنيا على غفلتهم عن مبنى هذا الاحتمال المحكي
ناظرا الى ما حكاه عن مفتاح الكرامة من نسبته اليهم القول بكونها معاوضة مستقلة قال ره
فيما حكي عنه مما ساقه في بيان نفي اشتراط شروط البيع فيها ان ظاهرهم عدم اشتراط
ذلك فيها لان الظاهر منهم انها معاوضة براسها قوله بل الظاهر من كلام المحقق الثاني ره
في جامع المقاصد انه مما لا كلام فيه اه قد تقدم من المصنف نقل كلامه بعينه في اول المسئلة
في ذيل العبارات التي حكاها عن الاصحاب قوله هذا على ما اخترناه سابقا من ان
مقصود المتعاطيين في المعاطاة التمليك والبيع يعني ان ما ذكره من ان المعاطاة على القول
بافادتها الملك بيع حقيقة وعلى القول بافادتها الاباحة بيع عرفي لم يؤثر شرعا الا الاباحة
مبني على ما اخترناه من ان محل النزاع في المسئلة انما هو ما لو قصد المتعاطيان التمليك
واما على ما احتمله بعضهم بل استظهره من ان محل الكلام هو ما اذا قصد مجرد الاباحة فلا اشكال
في عدم كونها بيعا عرفا ولا شرعا وعلى القول بكون المعاطاة مفيدة للنقل والتمليك اذ لا [illegible]
لذلك القول معنى على هذا التقدير سوى ان الشارع اجرى على الاباحة التي قصدها المتعاطيان
حكم البيع بمعنى افادتها للتمليك ولا يلزم من هذا تسميتها بيعا عند الشارع ولا عند اهل
العرف حتى يثبت لها الشرط المعلق في الخطاب الشرعي على البيع بواسطة ادراجها في
مفهومه قوله وحيث ان المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيته بعموم الناس مسلطون
على اموالهم كان مقتضى القاعدة العكس والحاصل ان المرجع على هذا عند الشك في
شروطها هي ادلة هذه المعاملة سواء اعتبرت في البيع ام لا اعلم ان الاستدلال على مشروعية
هذه الاباحة العوضية بعموم الناس مسلطون على اموالهم وان كان محل تامل لانه لا يتأتى
منه افادة بيان كيفيات التصرف والتسلط لانه انما يسوق لبيان اثبات نفس السلطنة من
حيث هي وبيان الكيفيات موكول الى ما علم من الخارج فلا يفيد ثبوت شرعية ما لم يعلم
شرعيته من الخارج الا ان وجه الفرق بين مقتضى الدليلين واضح لان الاول من قبيل

المطلق فينفى ما شك فى ثبوته من التقييد باصالة الاطلاق الحاصل له بحاله فى الثانى فانه مهمل
لم فلا بد من الرجوع فيما شك فيه الى الاصل العملى ومقتضاه انما هو عدم سببية المعاطاة مع
الشرط المشكوك للاثر الذى يراد ترتيبه عليه انتهى وقال بعض اعاظم معاصرينا ايده الله نعم
ان الانصاف ان الاباحة المالكية تتبع اذن المالك من غير فرق بين جمع الشرائط وعدمه
على نحو المجانية ولا شاهد على دعوى ان الشارع لم يمض اذن المالك الا مع جمع الشرائط
وانه قد نهى عن العمل بها مع فقدها بل الاطلاق والادلة شاهدة على عدمها انتهى ويعلم ما فيه مما
ذكرنا فان عدم امضاء الشارع لا يحتاج الى شاهد لموافقته للاصل والمحتاج الى الشاهد
انما هو ثبوت الامضاء وليس فليس ودعوى ان عموم قوله عم الناس مسلطون
على اموالهم يقضى بالصحة ممنوعة لان مساقه انما هو لافادة السلطنة فى الجملة الموكول
بيانها الى الكيفيات المعهودة فليس العموم الا لكون معقول الشرعية ما لم يعلم شرعيته من
دليل اخر فتدبر ثم لا يخفى عليك ان ما ذكره ره من حكم الاباحة العوضية المذكورة
يجرى على القول بكون المعاطاة معاوضة مستقلة لازمة لها وقع فيما حكى عن الشهيد ره
احتماله حيث قال ان المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة او لازمة انتهى وعن مفتاح الكرامة
نسبته الى ظاهر الاصحاب فى كلامه الذى قدمنا نقله عنه وقد صرح فيما حكى عنه ايضا بعدم
اشتراط شرائط البيع فيها مدعيا ان ذلك مقتضى اطباقهم قال لان اطباق السلف
والخلف على تناول ما فى يد الصبى فيما كان فيه بمنزلة الالة لوليه كبيعه للخبز ونحوه
قاض بعدم الاشتراط فيها اذ ليس ذلك الا معاطاة وكذا اطباقهم على اشتراط
التقابض فى الصرف قبل التفرق الا ان يكون معاطاة فانهم قد صرحوا بعدم اشتراطه
بل عنه ايضا ان القول بانه يشترط فيها شرائط البيع عدا الصيغة نادر ضعيف لم احد
صرح به قبل المسالك وان اغتر به جماعة ممن تاخر عنها انتهى فالحاصل انه على القول
بكونها معاوضة مستقلة لا يشترط فيها شئ من شرائط البيع الا ما علم اعتباره كالعلم بالرضا

وقصد

وقصد النقل بالاقباض ونحوهما وفى شرح القواعد الظاهر من جماعة من الاصحاب دخولها فى
اسم المعاملة التى جاءت فى مقامها فيجرى فيها شرائطها واحكامها فان كانت قائمة مقام البيع جرى
فيها احكام الشفعة والخيار والصرف والسلم وبيع الحيوان والثمار وجميع شرائطه سوى الصيغة
ولم تقم على ذلك شاهد معتبر من كتاب او سنة او اجماع والاقوى عندنا انها قسم اخر بمنزلة الصلح فى
العقود الجائزة يلزم فيها ما يلزم فيها فتصح المعاطاة على المشاهد من مكيل او موزون
من غير اعتبار كيل او وزن ونحو ذلك جرت عادة المسلمين نعم لو ارادوا المداقة بنوا
على ايقاع الصيغة والمحافظة على الشروط والظاهر انه متى جاء الفعل مستقلا او مع اللفظ
لا تنجمع الشرائط مقصودا به المسامحة جاء حكم المعاطاة وعلى الاول فان صرح فيها
ببيع او غيره بنى عليه والا فالبيع اصل فى المعاوضة على الاعيان مقدم على الصلح والهبة
المعوضة والاجارة فى نقل المنافع مقدمة على الصلح والجعالة ثم اللزوم ليس من
المقتضيات الاصلية وانما هو من التوابع واللوازم حق الشرعية فقصده غير مخل وان
لم يصادف المحرم وقد تبين ان حكم المعاطاة انما يجئ من خلل بالصيغة فى نفسها
او فى نظمها كتقديم القبول وحصول الفصل الطويل ولو جاء الخلل من خارج اللفظ فى
مراد به الجامع للشروط فان لم يكن التصريح بالاباحة المجردة مطلقة او مقيدة بالاستمرار
وعدمه فالحكم واضح والا جرى عليه حكم المقبوض بالعقد الفاسد انتهى ولكن لا يخفى
عليك ان استلزام كونها معاوضة مستقلة لعدم اعتبار شرائط البيع فيها
وانه لا بد من الرجوع الى دليل تلك المعاوضة المستقلة حق لما ذكرنا الا ان ما ذكره
صاحب مفتاح الكرامة وشرح القواعد ره لا يخلو من نظر بل منع اما الاول فلان
نسبته الى ظاهر الاصحاب التزامهم بكون المعاطاة معاوضة مستقلة مما لا شاهد عليه سوى
ما عن موضع من حواشى الشهيد ره بل كلماتهم تشهد بخلافه وان ما ذكره من الاطباق
السلف والخلف على تناول ما فى يد الصبى من الخبز ونحوه ممنوع ايضا اذ لم يعرف ذلك

من المتدينين الذين يعبأ بسيرتهم ومعلوم ان اطباق غير المتدينين لا عبرة به في الاحكام
الشرعية واما ما ذكره في اضعاف ما حكاه عن كل ذلك ونسبته الى الندرة فيوهنه ما افاده
المصرّة هنا في ضمن الشاهد للوجه الاول من الوجوه التي ذكرها بناء على مختاره من ان
الكلام فيما قصد البيع واما الثاني فلا ان فيه مواقع النظر احدها ما ذكره من انه لم يقم
على مذهب الجماعة دليل معتبر من كتاب او سنة او اجماع وذلك لان هذا الانكار
ان كان ناظرا الى صورة قصد المتعاطيين الى التمليك في مقابل التمليك ومعاوضة
احدهما بالآخر احد بصحته حتى يطالب بدليله ويوجه الانكار اليه بان ذلك مما
لم يقم عليه دليل معتبر وان كان ناظرا الى صورة قصدهما الى البيع كما هو مذهب
القائلين بكون المعاطاة بيعا بدلالة التبادر وعدم صحة سلب اسم البيع عنه وغير ذلك
مما تقدم فلا وجه له لانهم يقولون بانها من اقسام مسمى لفظ البيع وعلى هذا فكلما ورد
في الكتاب والسنة وقام عليه الاجماع من الشرائط معلقا على اسم البيع يجري في جميع
اصناف مسماه التي منها المعاطاة بدلالة ذلك الدليل الدال على اعتبار ذلك الشرط
في البيع وكذا الحال في الاجارة وغيرها من العقود بناء على القول بجريان المعاطاة فيها
ثالثها ما ذكره من دعوى قيام السيرة على المعاطاة على الشاهد من كل
او موزون من غير اعتبار كيل او وزن فان ذلك ليس من سيرة المتدينين
وانما هو مسلك المسامحين في الامور الشرعية الذين لا عبرة بافعالهم ولا اقوالهم
وهو واضح ثالثها ما ذكره من ان اللزوم ليس من المقتضيات الاصلية وانما
هو من التوابع واللواحق الشرعية فقصده غير مخل وان لم يصادف محله واضح فساده
لانه ان اراد بكون قصده غير مخل انه ان قصده لا بعنوان كونه مقوما للمعاملة بل كان
من قبيل الاعتقاد المقارن لم يكن قصده ذلك مخلا فهو حق وان اراد انه ان قصده
بعنوان كونه مقوما لها كان مخلا قطعا ضرورة كونه مثل قصد التمليك بناء على القول

ومن ذلك علم الحال بقيل صح

بكون

بكونه من نوع المعاطاة مباحة غير الاباحة من المالك وخروج اللزوم في نفسه عن حقيقة المعاطاة
لا يصيرها نافعا في ادخال مباشر المعاملة ذلك في معاملته على وجه يكون كالشرط في تحقق
التمليك وترتب اثره الذي هو الملك عليه فاطلاق القول بعدم كون قصد اللزوم
مخلا ليس في محله بل نقول ان الظاهر من كلامه انما هو الشق الثاني وقد عرفت انه
مخل رابعها ما ذكره من التفصيل بين ما لو جاء الخلل من الخارج كالجهل باحد العوضين
او من اللفظ مرادا به الجامع للشروط مع التصريح بالاباحة المجردة وبين ما جاء الخلل من
شيء منهما مع عدم التصريح بالاباحة المجردة بالحكم بجريان حكم المعاطاة والاباحة في
الاوليين وجريان حكم المقبوض بالبيع الفاسد من الضمان وغيره في الاخيرين وبعبارة
اخرى التفصيل بين صورتي المسامحة وعدمها بجريان حكم المعاطاة على الاولى
دون الثانية وذلك لان هذا التفصيل لا يتم الا بان يقال بان الناس يقصدون
في صورة المسامحة الاباحة المجردة وان عبروا بلفظ البيع او يقصدون التمليك مع
قصدهم الى الرضا بذلك على تقدير عدم حصول الملك بخلاف الصورة الاخرى فانهم
يقصدون فيها التمليك المقيد بصحة الانشاء الذي وقع وهذا مما لا سبيل عليه في عادتهم
وطريقتهم ولا يمكن احد ان يحقق وقوع العرف في ذلك منهم فيكفي ان نشهد بالعدول
كونها بيعا عرفا فيشترط فيها جميع ما يشترط فيها جميع ما دل على اشتراطه في البيع فقد
ان دعوى انها بيع عرفا فيشترط فيها جميع ما يشترط فيه لدخولها في ادلته والحكم
شرعا بالاباحة معارضة مع تسليم صدق البيع عليها حقيقة بان تلك الادلة منصرفة
الى البيع اللازم فلا يدخل فيها المعاطاة وان كانت بيعا مثل لزوم بان السيرة قائمة
على ذلك الشرائط فيها فاصيبة بان نشأتها من تلك الادلة ثم قال الا ان المانع
المزبور مستظهر بناء على انها بيع مثل لزومه وان كان منعها بناء على الاباحة الملك واما
على الاباحة الشرعية فالمرجع في ذلك معاقد الاجماع ونحوها والى السيرة في الجهول

كما في شرح القواعد وغيره انتهى وانت خبير بما فيه اما اولا فلان منع صدق البيع عليها
حقيقة موقوف على ثبوت حقيقة اخرى غير الحقيقة العرفية ودعوى ذلك في
الفاظ المعاملات واضح السقوط واما ثانيا فلما عرفت من السيرة ليس فيها الا
المباحات بالدين فلا عبرة بها واما ثالثا فلان المفصل في الانصراف بما عرفت في فهم
المعونة لا وجه له لان كلامه ره مقيد في اوله بما هو مختاره في محل النزاع من كون مقصد
المتعاطيين هو البيع بل نقول ان الحكم باتجاه الانصراف بناء على الاباحة المالكية مما
لا يعقل له معنى لخروج المعاطاة على تقدير كونها اباحة مالكية عن عنوان البيع راسا
فكيف يسلم الانصراف الذي هو فرع دخول المنصرف اليه والمنصرف عنه في عنوان
المطلق الموصوف بالانصراف فو كسى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم وثبت له الخيار
في قولهم البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا شمل هذه الفقرة على حكمي اللزوم والخيار بالمفهوم
والمنطوق فو كسى لكونها بيعا ظاهرا على القول بالملك بعني على القول بافادتها
للملك والا فاللزوم انما هو على مختاره ره من كون محل النزاع هو ما لو قصد المتعاطيان
التمليك ومن هنا يعلم ان قوله ره واما على القول بالاباحة معناه واما على القول
بافادتها للاباحة مع كون قصد المتعاطيين الى التمليك كما هو المفروض في كلامه
والتقييد بقي لظاهر اشارة الى احتمال كونها معاملة مستقلة وان كان موهوما في ما ليس
وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه ايضا وان خصصنا الحكم بالبيع اذ بالحكم حكم
تحريم الربا اعلم انه قد وقع الخلاف في ثبوت الربا في كل معاوضة واختصاصه بالبيع
كما حكي عن السيد والشيخ والقاضي وابن المتوج وفخر المحققين والشهيدين وابي
العباس والقطيفي والعليين والمحقق الاردبيلي قدس سرهم هو الاول وهذا
هو الذي صرح به المحقق ره في كتاب الغصب حيث قال ولا تظنن ان الربا يختص
بالبيع بل هو ثابت في كل معاوضة ربوية متفقي الجنس انتهى وانه كما عبارته في باب الربا

توهم

توهم الاختصاص في بادي الراي فانه قال وهو يثبت في البيع مع وصفي الجنسية والكيل
او الوزن وفي القرض مع اشتراط النفع انتهى بل عن المحقق الاردبيلي ره في آيات الاحكام
نسبة هذا القول اعني ثبوته في كل معاوضة الى الاكثر وذهب ابن ادريس ره الى الثاني
كما في السرائر ولا يكون الربا المنهي عنه المحرم في شريعة الاسلام عند اهل البيت ع
الا فيما يكال او يوزن فاما ما عداهما من جميع المبيعات فلا ربا فيها بحال لان حقيقة الربا
في العرف الشرعي هو بيع المثل من المكيل او الموزون بالمثل متفاضلا نقدا او نسية
انتهى ووافقه العلامة ره في الارشاد حيث قال وانما يثبت في بيع احد المتساويين
جنسا بالآخر انتهى وتردد ره في كتاب الصلح من القواعد حيث قال ولو صالح على عين
باخرى في الربوي ففي الحاقه بالبيع نظر تحت القول الاول الا ما دل على منعه
من الكتاب والسنة اذ هو الزيادة المتحققة فيما في البيع وغيره ودعوى ان البيع او القرض
مع وصف الزيادة لا يرى محالة تعريف بعضهم له بذلك اوانه الزيادة فيهما خاصة لغة
او شرعا لا شاهد لها بل الشواهد جميعا على خلافهما حتى ما ورد في وجه تحريمه من تعطيل
المعاش واصطناع الناس المعروف ونحوهما الاخبار المستفيضة منها الصحيح التي
رويها في الوسائل عن محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن الحسن
بن محبوب عن سيف التمار قال قلت لابي بصير احب ان تسأل ابا عبد الله ع عن رجل
استبدل قوصرتين فيهما بسر مطبوخ بقوصرة فيها تمر مشقق قال فسأله ابو بصير عن
ذلك فقال هذا مكروه فقال ابو بصير ولم يكره فقال ان علي بن ابي طالب ع كان يكره
ان يستبدل وسقا من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر لان تمر المدينة ادونهما ولم يكن
علي ع يكره الحلال ثم قال ورواه الشيخ باسناده عن الحسن بن محبوب مثله ونحوه
قوله لان تمر المدينة ادونهما او قال العلامة المجلسي ره في حواشي الكافي لعل المراد بالتمر
ما اخرجت نواته او اسم نوع منه ويحتمل على بعد ان يكون تصحيف المشقق قال في بيع عن ...

٢ قال ابن الاثير في النهاية في حديث علي انه كان يكره ان يخلط البسر بالتمر عنه خلطا الخبر لا تمر ورديا و نصف ع

النرحتى ينفع وجاء تفسيره في الحديث الاشقاه ان يحمر او يصفر انتهى وقال ره في ذيل قوله ره
لان تمر المدينة ادونها الظاهر اجود منها كما في التهذيب او سقيفة من تمر المدينة بنوعين
كما في الخبر الثاني انتهى واراد بالخبر الثاني ما ذكره في بعد هذا الخبر ثم ان وجه الاستدلال
هو ان ترك الاستفصال عن انواع الاستبدال يقتضي عموم الجواب بالنسبة الى جميع اقسامه
وقال عبد الرحمن للصادق عم ايجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير فقال
لا يجوز الا مثلا بمثل وهو ايضا يفيد العموم من جهة ترك الاستفصال وقال عم في صحيح
الحلبي الفضة بالفضة مثلا بمثل ليس فيها زيادة ولا نقصان الزائد والمستزيد في النار
والطعام يشمل البيع وغيره وسئل محمد ابا جعفر عم عن الرجل يدفع الى الطحان الطعام فيقاطعه
على ان يعطي صاحبه لكل عشرة ارطال اثني عشر رطلا دقيقا فقال لا قلت الرجل يدفع
السمسم الى العصار ويضمن لكل صاع ارطالا مسماة قال لا الى غير ذلك من النصوص
الظاهرة بسبب الاطلاق او ترك الاستفصال في حصول الربا بالزيادة في مطلق المعاوضة
المعتضدة بالاحتياط حجة القول الثاني الاصل بعد دعوى ان الربا عبارة
عن خصوص الزيادة في البيع والقرض او ان المنساق من الادلة ذلك سيما بعد اصالة
البيع في المعاوضة كما قيل وقوله عم الكيل الكيل تابع فنصوص الاستبدال ونحوها تنصرف
اليه ولا يخفى ما في المدعى بين اما الاول فلما عرفت في كلام ابن ادريس ره من دعوى
كون ذلك بحسب عرف الشرع ولم يتم دليل على ثبوت عرف في الشرع بعد ثبوت كونه
في العرف العام عبارة عما هو اعم من ذلك فالاصل ينقطع مضافا الى دلالة الاخبار بترك
الاستفصال على خلافه واما الثانية فلان ترك الاستفصال يفيد العموم فلا يبقى وجه
لدعوى الانصراف هنا واما وجه تردد العلامة ره في عد فقد قال في بيانه المحقق
الثاني ره في ذيل قوله ره يحتمل الحاقه بالبيع نظرا الى ان منشاه ان اختصاص الربا
بالبيع فيتمسك في الصلح باصالة الجواز من ان ظاهر قوله تعم وحرم الربا يقتضي

تحريم

تحريم الزيادة في المتماثلين في كل المعاوضات فلا يختص بالبيع هذا وانت خبير بانه لا اثر
لمجرد الامكان بعد الالتزام بظهور الاية في تحريم الزيادة في المتماثلين في كل المعاوضات فلا يبقى
مجال للاصل بعد ثبوت ظهور دليل الاجتهاد وبلا وجه للتردد ولهذا قال الجواهر وفي هذا خرقة
وتسلك بجانب الاحتياط بعث في عدم الاختصاص بالبيع وقد عرفت من جميع ما ذكرنا ان الحق هو القول
الاول وهو الذي ادعى عليه في الجواهر الشهرة العظيمة ثم انه بقي هنا شيء ينبغي التنبيه عليه وهو
ان المحقق الثاني ره قال بعد كلامه المذكور ما نصه ومن جعل الصلح بيعا فلا اشكال عنده في تحريم
الزيادة ثم قال ره وقد قال الشارح الفاضل ان الشيخ ره الحقه بالربويات واختاره ابن البراج
وهو مبني على قاعدتين الاولى ان الصلح بيع ام لا الثاني الربا يختص بالبيع ام يعم وهذا كلام فاسد
لانه لا معنى لالحاقه بالربويات عند الشيخ ره وابن البراج اذ هو بيع على قولهما ثم بناء ذلك على قاعدتين
انحف فان كان المبني كلام المصنف ره فاعرف لان المصنف قد حكم سابقا بانه اصل راسه لا فرع على
غيره فكيف يكون تردده لاحتمال كونه فرعا وانما تردده لاحتمال عدم اختصاص الربا بالبيع انتهى
واقول ان ما ذكره من الاعتراض الاول وان كان لا باس به بناء على الحمل على ما هو مدلول
لفظ الالحاق بحسب الاصل وصنعه من جهة اقتضائه المغايرة بين الملحق والملحق به وكون الاول
فرعا والثاني اصلا وان الصلح ربوي عندهما لاصالته ومن حيث كونه بيعا لا لحق بالربويات ولكن
الانصاف ان التوسع في لفظ الالحاق بان يراد به مطلق جعل شيء من قبيل شيء ليس بعيدا عن الاستعمالات
العرفية وكلاما يابى عنه الذوق وعلى هذا فما ذكره من الاعتراض الثاني لا وجه له لانه مبني على
كون مرجع الضمير في قوله وهو مبني عبارة عن خصوص ملحق الشيخ ره او خصوص كلام العلامة ره
ولكن الظاهر انه عبارة عن مطلق الالحاق فانه يختلف باختلاف المسلكين فمبنى الشيخ ره مبني
على القاعدة الاولى وهي كون الصلح بيعا وعند من ينكر كونه بيعا ويجعله اصلا براسه يبتني على
القاعدة الثانية وهي ان الربا يعم غير البيع ايضا فافهم واذ قد عرفت ذلك فلنرجع الى كلام المصنف ره
فنقول ان الوجه فيما افاده ره من ان ما ذكره يظهر وجه تحريم الربا في المعاطاة هو انها بيع على

[illegible]

[illegible]

ما اختاره من ان محل الكلام في المسألة انما هو ما اذا قصد المتعاطيان التمليك فتكون على القول
بكونها بيعا وافادتها التمليك بيعا حقيقيا فيجري فيها حرمة الربا كما يجري في غيره بل الظاهر
ان لا ارى من ذهب من يقول بعدم كونها بيعا لو قال باختصاص الربا بالبيع استنادا الى انصراف
اطلاقات الربا اليه من جهة شيوعه فيها بين افراد المعاوضات هو ان يقول بجريانه في المعاطاة
ايضا لكونها من الافراد الشايعة الا ان يمنع ذلك من جهة كونها اباحة محضة خارجة عن عنوان
المعاوضة راسا وهو في غاية الاشكال ضرورة انها لو كانت اباحة ايضا لا تخلو عن قصد المتعاطيين
الى المعاوضة اذ ليست اباحة مجانية كاباحة غيره كل من قال بكونها اباحة ولكن التحقيق
بعد ذلك كله هو كونها اباحة عين في مقابلة اباحة عين اخرى كما هو الشأن في المعاطاة على
قول من يقول بان العقود المتعاطين ذلك لا يصدق عليها استبدال عين بعين على حد ما وقع
في الاخبار فافهم قولـــه بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك بنى على
مختاره في محل النزاع من قصد المتعاطيين للتمليك لكنها لم تفد الملك وانما افادت الاباحة
بحكم الشارع كما هو مذهب المشهور والوجه في ذلك ما ذكره ره بقوله لانها معاوضة عرفية
وان لم تفد الملك وكان الاولى ان يقول لانها بيع عرفا لان الكلام انما هو على فرض اختصاص
حكم حرمة الربا بالبيع فهذا هو التعليل الا بدعوى كون المعاطاة بيعا ومجرد كونها معاوضة
لا ترح كما هو واضح وقال بعض من تأخر ان الظاهر عدم جريان حكم حرمة الربا فيها على القول
بافادتها للاباحة في مفروضنا الذي هو اختصاص حكم حرمة بالبيع استنادا الى عدم كونها
بيعا حقيقة وكونها بيعا في نظر اهل العرف لا يجدي في اثبات ما هو من احكام البيع عند الشارع
وانت خبير بان كون المعاطاة بيعا لا يرجع الى مجرد انظار اهل العرف في المصاديق لا اثر
لها بل مآل ذلك الى ان لفظ البيع قد وضع لمفهوم صادق على المعاطاة ايضا ولا ريب ان
انظارهم في الموضوعات المستنبطة معتبرة ومن المعلوم ان الشارع انما يتكلم بالالفاظ
المتداولة بين اهل اللسان على مقتضى اوضاعهم وافهامهم هذا على تقدير اختصاص

حكم

[illegible]

حكم حرمة الربا بالبيع واما على القول بعدم اختصاصه به كما عرفت انه المشهور والمختار فلا ريب انها
ظاهر على الاشكال فيه قولـــه بل معاوضة شرعية كما اعترف بها الشهيد ره في موضع من
الحواشي حيث قال ان المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة او لازمة انتهى لا يخفى ما في
هذا الكلام من سوء النظم لان الترقي بلفظة بل من المعاوضة العرفية الى المعاوضة الشرعية
مقتضاه انها مع كونها معاوضة عرفية متصفة بانها معاوضة شرعية وقد استشهد لكونها
معاوضة شرعية بكلام الشهيد ره المصرح فيه بانها معاوضة مستقلة فلا تكون بيعا قطعا
ومعلوم ان غرضه ره من هذا الكلام تقريب ثبوت الربا فيها على القول باختصاصه بالبيع
عند من لا يراها مفيدة للملك مع قصد المتعاطيين التمليك وظاهر انه حينئذ يكون هذا الترقي
مبعدا عن المطلوب لكونه منافرا له ولكونه مما يوجب اثبات عدم جريان الربا فيها [illegible] ان
كونها معاوضة شرعية مستقلة يخرجها عن عنوان البيع الذي قد فرض اختصاص الربا
به اللهم الا ان يقال ان قوله بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك لانها معاوضة
عرفية مسوق لبيان ثبوت الربا في المعاطاة معطوف على قوله وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا
مع قطع النظر عن القيد الذي اعتبر في المعطوف عليه بلفظة ان الوصلية مع دخولها ما في حيزها
غير معتبر في المعطوف فيكون قوله المذكور اشارة الى ثبوت التحريم على قول من لا يراها مفيدة
للملك بناء على ما يليق به من المعنى وهو عدم اختصاص ثبوت الربا بالبيع بقرينة تعليله الذي هو
اعم من البيع وعلى هذا فيسقط ما ذكرناه هنا وما ذكرناه في ذيل الكلام السابق من ان الاولى
ان يقول لانها بيع عرفا غاية ما في الباب ان العبارة على هذا لا تخلو عن قصور ونسبة القصور
اليها اولى من الحكم باختلال المطلوب خصوصا بعد ملاحظة ان المصنف ره كثيرا ما
يتفق في مصنفاته القصور في العبارة من جهة عدم المبالاة وقلما يتفق لغفلة عن المطالب
لاهتمامه بها قولـــه ولو قلنا بان المقصود للمتعاطيين الاباحة لا الملك فلا يبعد ايضا
جريان الربا لكونها معاوضة عرفا اما هذا الكلام صلب ما قبله فان كان ناظرا الى القول بان

ثبوت الربا بالبيع الحجة عليه بان كونها معاوضة لا يستلزم كونها بيعا والمفروض اناطة ثبوت
الربا بالبيع وان كان ناظرا الى بيان الواقع مع قطع النظر عن اختصاص الربا بالبيع وكان مسوقا
لافادة الحكم على ما يليق به من الحسنى كان صحيحا قوله فتامل اشارة الى ان اطلاق اهل العرف
اسم المعاوضة عليها انما هو بالنظر الى ما هو المركوز في اذهانهم والمتعارف بينهم من قصد المقابلة
الى معاوضة العين بالعين ولو فرض انه اتفق في مورد قصد كل منهما اباحة ماله بازاء اباحة
الاخر بان قصد الاول اباحة ماله ليبيح له الاخر ماله فاباح للاخر ايضا لما راى ذلك ثم اطلعوا
على قصدهما الى الاباحة لم يطلعوا على ذلك اسم المعاوضة قوله واما حكم جريان الخيار
فيها قبل اللزوم اه صح بقوله قبل اللزوم لانه جرى البحث عن ثبوت الخيار في المعاطاة بالنسبة
الى حالتيها اللتين هما ما قبل اللزوم وما بعده واشار الى حكم الخيار فيها بعد اللزوم بانه سياتي
بعد ذكر الملزمات وحرر البحث عنه في الامر السابع وغرضه ره هنا هو البحث عن ثبوته قبل اللزوم
قوله بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم كما هو احد الوجهين في كلام الشهيد الثاني ره
الذي يذكره المصنف ره في الامر السابع قوله كخيار العيب والغبن لا اشكال فيه ولا نزاع
اذ لا يحتمل الماتعية علم لزوم المعاطاة من ثبوت الارش فيها بحكم ادلة نفي الضرر والذي
يليق بالبحث عنه انما هو ثبوت الخيار بين حيثيتي الرد والوجه في ذلك ظهر بان الاشكال
الى ثبوت الخيار من باب ان ما ليس بلازم وانما هو بمنزلة ان افاد الملك لا يجري فيه الخيار
هذا ولكن اورد عليه بانه لا منافاة بين كونها اباحة وثبوت الخيار اذ لا منافاة في ثبوت الخيار
من جهتين فيصح ان يثبت فيها جواز الرد بنفسها متزلزلة ولثبوت الخيار ولكن لا يخفى سقوطه
على من تدبر كان الخيار عبارة عن السلطنة على فسخ العقد الذي بناؤه على اللزوم والاستقرار
لولاه ولهذا ترى الفقهاء لا يسمون الرجوع في الهبة ونحوها من العقود الجايزة خيارا كما
لا يخفى على من احاط خبرا بكلماتهم وعباراتهم فهذا المعنى غير صالح للاجتماع مع تزلزل المعاطاة
بنفسها قوله ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلا من الطرفين بل فلا ٢ الوجه الثالث

هو المتبادر من المعاطاة والتقابض والتعاطي ونحوها الموضوع له الفاظها فلا يتحقق بها
من وقوع القبض من الجانبين فلو قبض احد العوضين دون الاخر بان قبض المثمن دون الثمن
كما في النسيئة او قبض الثمن دون المثمن كما في السلم فوق الحاقه بها وجوه ثالثها الالحاق مع
ولو مع تاجيل الثمن دون العكس وقد يتعرض لذلك منهم الشهيد في شرح اللمعة
بما لو في الروضة نسبته اليها ولعله لجريان السيرة فيه دون غيره ولكن قد يدعى جريانها
في العكس ايضا كما هو المحكي من ظاهر كثير ممن تاخر عن الشهيد والمحقق الثاني ره وغيرهما كما
شرح القواعد ان الظاهر من ذلك اقتضاء السيرة بقيامها مقام عقود المعاوضات باسرها
بل ربما قطع به بعضهم ولكن توقف في لحوق احكام المعاطاة على ذلك في الروضة قال فيها في
تعقيب المعاطاة انها مفاعلة من الجانبين فلو وقعت بقبض احد العوضين خاصة مع
ضبط الاخر على وجه يرفع الجهالة ففي لحوق احكامها نظر من عدم تحققها وحصول
التراضي وهو اختياره في شرحه على تقدير دفع السلعة دون الثمن انتهى ونسج على هذا المنوال
في تلك الغاية وقد يدفع بعدم ثبوت كون الصحة موقوفة على صدق اسم المعاطاة حتى يكون
عدمه دليلا على عدمها اذ لم يرد بصيغة المفاعلة في نص ولم نر انعقاد اجماع على منع
وانما العمدة هي السيرة المشتركة بين الصورتين لا مجرد حصول التراضي فانه غير مجد بدون
السبب الشرعي بناء على ان المعاطاة بيع او نحوها انه غير مجد بناء على كونها اباحة شرعية
ولكن قال بعض المعاصرين في ثبوت السيرة والوجه عندي ثبوتها قطعا بمعونة ان المتشرعين
وغيرهم يقصدون بذلك البيع والتمليك وكان ذلك ثابتا في زمان تكلمهم ثم على الردع في
ارادة التمليك بالسيرة فيامها على قصد الاباحة مطلقا من جهة عدم قصدهم اليها من جهة
عدم تاثير الاباحة المالكية مع قصدهما وكذا لو اراد الاستكشاف بالسيرة عن الاباحة
الشرعية مع قصدهم البيع والتمليك فانه ممنوع فالوجه عندنا ما ذكره المصنف من كون
اعطاء احد العوضين بيعا فعليا ويدل عليه مضافا الى السيرة ما دل على حل البيع من الادلة اللفظية

بالاطلاق فهما قول كسي واما على القول بالاباحة فيشكل بانه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على
تاثيرها في الاباحة وقد يدفع عليه بان اشكاله بناء على القول بالاباحة انما يتم على تقدير كون المراد
بالاباحة الحاصلة بالمعاطاة هي الاباحة الشرعية فانه يمكن ان يقال ح ان ما ثبت بالسيرة
وغيرها من الاجماعات انما هو صورة حصول التعاطي من الطرفين وان حصول الاعطاء
من جانب احد خارج عن مورد السيرة والاجماعات واما على تقدير كون المراد بالاباحة
هي الاباحة المالكية الحاصلة من اذن المالك في التصرف كما هو ظاهرهم فالاشكال
ليس في محله لعدم الفرق ح بين الصورتين من جهة وجود اذن المالك فيهما في
كون الناس مسلطين على اموالهم وانت خبير بان الايراد المذكور مما غفل عنه
اصحاب النظر في كلام المصرة لانه قد جعل محل النزاع في مسئلة المعاطاة وهو ما لو قصد به
المتعاطيان التمليك وجعل كلا من القول بالاباحة والقول بالملك ناظرا الى هذا المقام
بمعنى ان القائل بالاباحة يقول ان المالك وان كان قد قصد بالمعاطاة التمليك الا
ان الشارع رتب عليها الاباحة فهي افادته والقائل بالملك يقول ان الشارع رتب
عليها الاباحة فهي افادته والقائل بالملك يقول ان الشارع رتب عليها ما قصده المالك
بها فاشكال المصرة انما هو ناظر الى الاباحة الشرعية دون المالكية الا ترى الى قوله فانه
بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تاثيرها يعني انه بعد عدم حصول الملك مع
كونه مقصود المتعارف في غير محل النزاع لا دليل على تاثيرها في الاباحة فقد يرتفع كسي
وربما يؤيد انعقاد المعاطاة بمجرد ايصال الثمن واخذ المثمن من غير صدق اعطاء اصلا مع
الرضا بالتصرف اورد عليه بعض المعاصرين بعد نقله ان المانع لذلك منتظر فانما
ذلك من الاخذ بالفحوى وشاهد الحال الذي لا فرق فيه بين المحقرات وغيرها
مع فرض حصوله كما لو علم من حال التاجر وغيره نحو ذلك انتهى ولعل ذلك مما اشتهر عند اهل
على ان الاذن في المعاطاة من هذا القبيل عند المشهور ولا دخل له بالبيع وغيره انتهى وحاصله

ان

ان الاذن هنا من جانب المالك وليس هنا غير الاذن كقصد التمليك والبيع ويصبح هذا
شاهدا على ما هو الاكثر من القول بالاباحة عند المعاطاة من الطرفين فلا يكون هناك
انتهى سوى اذن المالك وما دفع عنه ما اورده عليه المحقق الثاني ره من انه مع قصد
المالك التمليك والبيع كيف لا يحصل ما قصد ويحصل الاباحة التي لم يقصدها وذلك لانا
استكشفنا قصد المالك لمجرد الاباحة في صورة عدم وقوع الاعطاء من احد الطرفين
عن قصده لمجرد الاباحة في صورة المعاطاة من الطرفين انتهى فاذا ثبت بالسيرة قصد الاباحة
في الاولى ثبت قصدها في الثانية انتهى وانت خبير بان ما ذكره المانع من كون ذلك من
الاخذ بالفحوى وشاهد الحال بان يكون مقصود اخذ ماء السقاء ونحو اعطاء عوض
معاوضة فلسه بالماء وكذلك الحال في غيرهما من الامثلة ولذلك الحال في خصوص المعاطاة
من الطرفين فليس مقصود بها الا المعاوضة بحكم الوجدان والضرورة بل نقول انا لو سلمنا
ان المقصود في صورة عدم وقوع الاعطاء هو مجرد الاذن دون المعاوضة منعنا كون
صورة المعاطاة من الطرفين مثلها في عدم القصد الا الى مجرد الاذن والاباحة من
المالك حتى يرد عدم الملازمة وشناعة الاستشهاد بحال احدى الصورتين على حال الاخرى
لا يخفى قوله ولا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناء على الملك واما على القول
بالاباحة فالاشكال المتقدم هنا الخ قال بعض المعاصرين ربما يقال بان الاتفاق على انعقاد الا
بها البيع اللازم لو قلنا بانها لا تفيد في انعقاد المعاطاة بها فالحجة صحة المعاطاة بدون اعطاء
اصلا بمجرد تقاولهما على مبادلة شيء بشيء فيجري فيها حكم المبيع قبل قبضه بل قد يدعى
السيرة انتهى على ذلك وان شكك فيها بعض من تاخر ثم قال وقال بعض اهل العصر
بانه لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناء على الملك واما على الاباحة فالاشكال في
المشروعية والاباحة المالكية لعلها اولى بذلك من الفعل المحرم الا انه يمنع ذلك انتهى
وقد عرفت ما فيه مما ذكره في ذيل كلامه وجه كون الاشكال المتقدم الخ هنا

هو كون المقاولة نص بحيث في المبادلة المقتضية للملكية وعدم كون الفعل في الغرض السابق
الذي هو مجرد تحقق الاعطاء من جانب واحد نصا في المبادلة والملكية وان
ادعينا كون مقصود المعطي هو التمليك بحكم الوجدان فاذا كانت الاباحة مع عدم
تاثير التمليك المقصود الغير المصرح به مما لا دليل عليه فمع عدم تاثير التمليك
والمبادلة المصرح بها يكون انتفاء الاباحة اولى بالاذعان الامر الثالث
قوله تعيين البايع من المشتري في المعاطاة الفعلية مع كون احد العوضين مما
تعارف جعله ثمنا كالدراهم والدنانير والفلوس المسكوكة واضح فان صاحب الثمن
هو المشتري ما لم يصرح بالخلاف اورد عليه بان الثمن ما يجعل مدخول الباء في قولهم
بعتك الشيء الفلاني بكذا وصاحبه هو المشتري حتى لو كان المبيع والمشتري من
قبيل النقدين او كان المبيع من قبيل النقدين والمشتري من قبيل غيرهما وقال بعتك هذه
الدراهم بمن حنطة كانت الحنطة هي الثمن وصاحبها هو المشتري والدرهم هو المبيع
وصاحبه هو البايع وعلى هذا فلا وجه لقوله ره فان صاحب الثمن هو المشتري ما لم
يصرح بالخلاف لان مراده بالثمن هو ما تعارف جعله ثمنا كالنقدين بدلالة مصدوقيته واول الكلام في
بعد انضمام قوله ره ما لم يصرح بالخلاف فان الحكم بكون صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرح
بالخلاف معناه انه لو صرح بالخلاف لم يكن مشتريا وهذا انما تم على ما ذكره من كون الثمن عبارة
عما تعارف جعله ثمنا وكون المشتري عبارة عن صاحبه ولا تم على كونه عبارة عن مدخول
الباء لانه حينئذ لا يقابل للتخلف في التصريح بالخلاف حتى يخرج عن كونه مشتريا مضافا الى انه
ان كان مراده ره ان كون احد العوضين مما تعارف جعله ثمنا يفيد القطع بان الثمن في
هذه المعاملة الخاصة انما هو ذلك الذي هو من جنس ما تعارف جعله ثمنا ففيه منع
لما عرفت من ان الثمن عبارة عن مدخول الباء وان صاحبه هو المشتري وانه قد ينعكس
الامر فيدخل الباء على مقابل النقد فيقال بعتك هذا الدرهم بمن حنطة ومعلوم انه

لا مجال

لا مجال للحكم بكون صاحب النقد هو المشتري بمجرد كون المتعارف هو جعله ثمنا وان
كان مراده ره ان ذلك يفيد الظن بكون المشتري هو صاحبه فلا دليل على اعتبار
هذا الظن لكون المورد من قبيل الموضوعات الصرفة التي لم يثبت اعتبار الظن فيها
ضرورة ان كون زيد بايعا وكون عمرو مشتريا من الموضوعات الصرفة دون المستنبطة
وهو ره ممن ينكر اعتبار الظن في الموضوعات الصرفة فهو كما ترى ولعله ره لاحظ ان الاولى
احدهما بدلا عن الاخر من دون نية قيام احدهما مقام الثمن في العوضية اورد
عليه بان في صحة مثل هذه المعاملة التي هي عبارة عن انشاء مجرد التمليك من دون
قصد الى جعل احدهما عوضا وجعل الاخر معوضا وصيرورته بيعا اشكالا بل نفي
بطلانه او كونه اشكال في صيرورة مثل هذه المعاملة بيعا لا يخلو من وجه ولكن الحكم
ببطلانها غير متجه لصدق التجارة عن تراض واختصاص عقود المعاوضة في الانواع المعهودة
لم يقم عليه حجة وسياق كلمة زيادة توضيح انه تم قوله فهو كونها بيعا وشراء بالنسبة
الى كل منهما بناء على ان البيع لغة مبادلة مال بمال والاشتراء ترك شيء والاخذ
بغيره كما عن بعض اهل اللغة فيصدق على صاحب اللحم انه باعه بحنطة وانه اشترى الحنطة
فيحنث لو حلف على عدم بيع اللحم وعدم شراء الحنطة اورد عليه بان تعريف البيع بمبادلة
مال بمال اشارة الى الكيفية الواقعية الخاصة بان يكون احدهما بايعا والاخر مشتريا
وليس مسوقا للبيان ان كل ما صدق عليه مفهوم المبادلة فهو بيع وح فلا يفيد هذا
التعريف كون كل منهما بايعا ومشتريا بل هو مقصود ره من الاستشهاد بقوله
لا يخفى سقوط هذا الايراد لان مراده ره ليس هو اثبات صدق البايع والمشتري على كل
منهما احدهما تعريف البيع بما ذكر فانه يستفاد منه ان كلا من المتعاطيين في الفرض
المذكور بايع لما لا بمال وثانيهما تعريف الاشتراء المحكي عن بعض اهل اللغة فانه
يستفاد منه ان كلا من المتعاطيين في الفرض المذكور ترك شيئا واخذ بغيره فقد

فيه ان هذا التعريف ينتقض بنحو بيع الولد على ... لا يصدق ذكر هذا ... البايع والمشتري على كل منهما

والايراد المذكور مبني على تخيل استفادة صدق البايع والمشتري عليهما من مجرد تعريف البيع بالمبادلة
فنقول نعم لا يترتب عليهما احكام البايع ولا المشتري لانصرافهما في ادلة تلك الاحكام الى من
اختص بصفة البيع او الشراء فلا يعم من كان في معاملة واحدة مصداقا لهما باعتبارين
اقول يمكن المناقشة فيه بانه ان انصرف البايع والمشتري في ادلة احكامهما الى من ذكره
مع كونهما وقعتا في كلمات الشارع التي لا تحمل على المتعارف الا من باب تبعية اهل العرف
لمراعاة حالهم فانصراف البيع في كلام من كان من اهل العرف حيث وقع متعلق حلفه نظرا
اولى اذ لا يخطر ببالهم غير المتعارف والحلف انما يتعلق بما هو مقصود الحالف من
اللفظ لا بغيره فتامل وانهم ليس للبايع معنونا بهذا الوصف العنواني في مقابل المشتري
حكم خاص ينفرد به عنه حتى ينصرف في الدليل الى غير من كان مصداقا لهما وكذا
الحال في المشتري واما ثبوت خيار الحيوان ثلثة ايام للمشتري خاصة ... بالمشتري فيه انما هو لمن اخذ
الحيوان فلو قال صاحب الدراهم بعتك هذه الدراهم بهذا الحيوان كان له خيار الحيوان ... وجوه بعض
لا تخلو من قوة لصدق تعريف البايع لغة وعرفا على الدافع اولا دون الاخر فتدبر ذكر
من تاخر ان المناط في التمييز بين البايع والمشتري هو الدفع اولا والاخذ كذلك فالدافع
اولا هو البايع لصدق الموجب عليه عرفا والاخذ اولا هو المشتري لصدق القابل عليه عرفا
لكن هذا اذا كان هناك ترتب في الاعطاء والاخذ واما ان تقابضا دفعة فيقع
المعاملة دفعة لا بمعنى الدفعة الحقيقية لاستحالتها بل بمعنى الدفعة العرفية وح
فيكون كل منهما بايعا ومشتريا ويصح كونهما على هذا الفرض بيعا وشراء بان يلاحظ
كل من المشتري والبايع ماله في نظره بعنوان انه يساوي درهما فقصد البايع ان بعت
هذا اللحم الذي يساوي درهما بمقدار من الحنطة تساوي درهما واشتريت بذلك المقدار
من الحنطة الذي يساوي درهما باللحم الموصوف وينفع نصوصيته في العقد باللفظ ونقول
انه ان فرض جواز استعمال اللفظ في اكثر من معنى فقصد البايع بقوله بعت اللحم

وصدق المشتري على الآخذ اولا دون الآخر محم

معنى

معنى قوله بعتك بها واشتريتها به وكذلك المشتري فقصد بقوله قبلت او اشتريت معنى
اشتريت اللحم بالحنطة وبعتها به او فرض انه ذكر باللفظ قوله بعت اللحم بالحنطة واشتريتها
به وقبل المشتري بذلك الوجه فح يصير كل منهما بايعا ومشتريا بوجه نصوصيته في التعاطي بان
يلاحظ كل من العوضين بالقيمة او لا يلاحظ شيء منهما بل على ما ذكره المصرح من الفرضين اللذين احتمل
فيهما وجوه اربعة منها كون المعاملة بيعا او شراء فيكون كل منهما بايعا ومشتريا صحيح هذا وفي
ذكره على كل من التقديرين نظر اما الاول فلانه انكر على المصرح في حكمه في اول الصور بكون صاحب
الثمن هو المشتري استنادا الى ان غاية ما هناك ان يكون الغالب كون صاحب الثمن
مشتريا وان هذه الغلبة لا تفيد سوى الظن وهو ليس بحجة في الموضوعات وهذا الوجه بعينه وارد على
ما اختاره هنا اذ ليس كون الدافع اولا موجبا والاخذ قابلا الا مبنيا على الغلبة والا فقد يدفع الثمن
الى البايع قبل دفعه المبيع فاذا كان الظن ليس بحجة في الموضوعات لم يكن فرق بين حصوله من غلبة
كون صاحب الثمن هو المشتري وغيره هو البايع وبين حصوله من غلبة كون الدافع
هو البايع والاخذ هو المشتري كما هو واضح فيلتبس كل منهما من الموضوعات الصرفية فهو
بالنسبة الى الوجهين وان كانا من الموضوعات المستنبطة فكذلك بالنسبة اليهما فاثبت العرف
الفرق على ان الغلبة هنا توجب حصول اسم البايع والمشتري هنا عرفا تخلف هنا ما يقتضي
فانهما ان كانا موجبة له فهي كذلك في المقامين والا فلا توجيه فيهما واما الثاني فلا عبرة
لا بعد صحة جواز استعمال اللفظ في اكثر من معنى كذلك لا يوجب عد المعقول منه الكلام
انما هو على فرض جوازه بل لا يحتاج الى فرضه اصلا لامكان تصوير المطلوب بين كون البيع والشراء
كليهما في اللفظ بل من جهة عدم تعقل كونه بايعا ومشتريا على هذا الفرض في
بيع اللحم بالحنطة معناه معاوضة بها ولاحظه ثمنا وعوضا في مقابل المبيع متقوم بمعنى البيع
لا يتحقق بدونه اصلا قطعا ثم تحقق بيع اللحم بالحنطة لا يعقل شراء تلك الحنطة
ثمنا الدخول لحاظه ملكه بعنوان العوضية والثمنية فلا يعقل شراؤها ح نعم لو كان هنا اثنان

اربعة لوحظ بيع احدهما بالاخر ولوحظ شراء الثالث بالرابع لا تحقق البيع والشراء
والا فتحققهما بالنسبة الى شيئين احدهما عوض والاخر معوض عنه معقول فمحل التحقق
مفهوم البيع بالنسبة الى اعتبار العوض لشيء مثل مفهوم الاب بالنسبة الى الابن وبالعكس
انهما لما كانا لا يصح وقوعهما في حال واحد حقيقة فلا بد من وقوعهما في حال عرفي غاية الامر
الباب ان يكون المؤثر في الواقع هو السابق حقيقة واضعف السقوط ضرورة عدم تحقق
معنى للبيع بدون الثمن فيستحيل تحققه بدونه والاخر الشيء الذي هو مفهوم البيع
عليه ومع تحقق بيع شيء باخر لا يعقل شراء الاخر به باثر واحد ولو عرفا ومع فرض كون
السابق مؤثرا لا ينفع وجود اللاحق لان وجود الاخر ايضا عبارة عن كونه مؤثرا للنقل
عدم التاثير لا وجه لذلك المفهوم ودعوى تصحيح ما ذكره ذلك البعض بان القبول لما كان
مؤخرا عنهما ولا يتم شيء منهما قبل القبول فلذلك صح من الموجب انشاء البيع والشراء
كما صدر منه لا وجه لها العقد فانه اصل المفهوم فتدبر فان قلت اذا كان معنى البيع
التمليك بعوض فمن يقول بعت اللحم بالحنطة يجب معنى كلامه اعطيت اللحم واخذت
الحنطة فهو مشتمل على احد جنبي فاذا رضي من قال بعت اللحم بالحنطة واشتريتها به
فبهذا الاعتبار يكون بايعا ومشتريا قلت هذا واضح الفساد لان ذلك المعنى الضمني الذي
ابرزه لو كان معنى يعبر عنه بالشراء كان اللازم تحقق كون كل منهما بايعا ومشتريا
بمجرد قوله بعت كذا بكذا مع قول الاخر قبلت البيع ضرورة ان الابراز لا يجعل ما لم
يكن مؤثرا قبل مؤثرا بالفعل فعلى هذا يرى تحقق كونه بايعا ومشتريا في جميع افراد
البيع هذا ولا يخفى عليك ان ما اوردناه على ذلك البعض من النظر في كون انشاء واحد
بيعا وشراء بل المنع منه لبس واردا على المصرة حيث جعل احد الوجوه الاربعة كونه بيعا
وشراء وذلك لان مبنى كلام المصرة غير ما جعله ذلك البعض مبنى فانه قدس سره صدق
البيع والشراء على التعريفين اللذين وقع كل منهما في كلام بعض اهل اللغة احدهما تعريف

البيع

البيع والاخر تعريف الشراء فصدقهما على انشاء واحد انما هو باعتبار تعريفيهما فافهم ثم ان بعض
المعاصرين بعد ان حكى كلام المصرة في ذكر الصور الاربع التي قررها والوجوه الاربعة التي جعلها في الصورة
الاخيرة بعد ذكرها لفظه ولعل هذه الوجوه جارية فيهما بمعنى المعاطاة مع كون مجموع العوضين
منهما يعني من الدراهم والدنانير ايضا لاتحاد المناط وقد يقال بان الذي يساعد عليه العرف
اللغة والشرع ان الموجب هو البايع والقابل هو المشتري مطلقا وان كان احد العوضين
من الدراهم ونحوها على نحو البيع بالصيغة فان تميز ذلك ولو بالقرائن فلا اشكال والا فيعد
كون الدافع اولا موجبا والقابض كذلك قابلا ومطلقا ايضا وان قرن الدفع والقبض منهما
معا فلا مرجع الا الى قصدهما فلو لم يقصدا ذلك اصلا ففي صحتها اشكال بناء على انما يعتبر
كما هو محط النظر فتدبر هذا وجه الوجه الاول ان تم فهو جار في الصور الثلث الاول التي
ايضا والفرق بينهما وبين الاخيرتين لا يخلو من تحكم وغلبة كون تمام القابل الذي هو
المشتري غير قاصد بكون صاحبها مطلقا وان كان دافعا اولا قابلا لا عرفا ولا لغة
فلا ينفي جريان وجه باقي الوجوه فيها ايضا فتامل جيدا نعم ويعرف مما قدمنا صحيحه في
فتدبر الامر الرابع قد سمى احدهما ان يقصد كل منهما تمليك ماله بمال الاخر اراده بعض
القسم ما لو كانت المقابلة بين المالين دون التمليكين كما هو مثل الوجه الثاني كما ستعرفه انتهى ثم
ان هذا القسم متصور على وجوه لانه اما ان يقصد كل منهما الانشاء باعطائه ودفعه فينشئ الاول
به تمليك ماله في مقابل مال الاخر وينشئ الاخر ايضا بدفعه واعطائه تمليك ماله بازاء مال الاول
واما ان يقصد الاول باعطائه انشاء تمليك ماله بازاء مال الاخر فيقصد الاخر باخذه مال الاول
قبول ذلك التمليك وتمليك ماله بازائه وهذا هو الذي قصده بيانها ولم يتعرض للاول وكان
الحاصل الاول لوضوحه ثم انه على كل من التقديرين اما ان يكون من قصدهما خصوص التمليك
بالبيع بان يقصدا البيع او يكون من قصد كل منهما مجرد المقابلة بين المالين على وجه التمليك
مطلقا من دون تقييد بخصوص قصد البيع ويحصل من ملاحظتهما مع الاوليين اقسام اربعة

اما القسم الاول المقصود به البيع فهو المعاطاة المتعارفة التي قد عرفت انها بيع واما القسم الاول المقصود به مجرد المعاطاة بين المالين من دون قصد لخصوص البيع بل الى مطلق التمليك فتوضيح المقال فيه انه لم يثبت شرعية مثل هذه المعاطاة لعدم دليل على ذلك لان الثابت من العمومات والادلة انما هو الاشارة الى العنوانات الخاصة المعهودة وظاهر كلمات الفقهاء انه لا بد من قصد العنوان في كل نوع من انواع العقود ففي البيع لا بد من قصد البيع وفي الاجارة لا بد من قصد الاجارة وفي الصلح لا بد من قصد الصلح وهكذا فلا يقع شيء من انواع المعاملات الا بعد قصد ذلك النوع بخصوصه وهذا ان لم يقم عليه دليل بخصوصه كالاجماع مثلا ان امكن تحصيله الكونه المتبادر منه من العمومات فلا اقل من كونه هو القدر المتيقن مما يثبت في الشرع وان غيره لم يثبت فينفيه الاصل ويكن منهم من حكم بالصحة وهو مبني على وجوه احدها ما يظهر من المحقق في تعريف البيع بل هو صريحه من ان تمليك عين بالعوض لا يكون الا بيعا فهو لا يتعلق الى غيره ولهذا عرف البيع بانه انشاء تمليك عين بمال ثم قال نعم يبقى عليه امور منها انه موقوف على جواز الايجاب بلفظ ملكت والا لم يكن مرادفا له ويرده انه الحق كما سيجيء وقال هنا بعد التعرض للهبة المعوضة ما لفظه فقد تحقق مما ذكرنا ان حقيقة تمليك العين بالعوض ليست الا البيع فلو قال ملكتك كذا بكذا كان بيعا ولا يصح صلحا ولا هبة فلا تغتابه الى ان قال ثم ما قيل من ان البيع هو الاصل في تمليك الاعيان بالعوض فيقدم على الصلح والهبة المعوضة محل تامل بل منع لما عرفت من ان تمليك الاعيان بالعوض هو البيع لا غير نعم ما عن بعض الاساطين قدس سره في شرح القواعد من ان الاصل في تمليك الاعيان قال بعض الافاضل لعل مراده بكونه الاصل هو انه نظير الوجوب فلهذا انه من انواعه من العيني والكفائي والتعييني والتخييري وغير ذلك لكن العيني لا يحتاج في الانفهام من لفظ الوجوب الى التقييد بخلاف الكفائي فانه يحتاج الى التقييد بانه يسقط بفعل الغير وكذلك التعييني في مقابل التخييري فان الاول لا يحتاج الى عطف شيء على المامور به بخلاف

وهو ما الوقصد كل منهما الاتيان باعطائه ودفعه

٥

٢ البيع هو

الثاني فانه يحتاج الى التقييد في الكلام بالعطف فينصرف الى الاول مع عدم ذكر القيد فكذا في المقام فان انفهام البيع من تمليك العين لا يحتاج الى التقييد بخلاف غيره فانه يحتاج في الانفهام الى التقييد بقولنا على وجه الهبة او الصلح او غيرهما هذا وفيه نظر لانه لا ينطبق على ما عليه الوجوب من الحال فان انفهام الوجوب التعييني من صيغة افعل انما يتحقق بقول افعل هذا ولا يقيد بعطف شيء عليه بان تقول افعل هذا او غيره مثل هذا الاخرى في ملكتك العين لانه ان لم يقيد بالعوض كان ظاهرا في الهبة او العطية مثلا فاذا قال بكذا صار بيعا ويحتمل ان يكون المراد ان البيع الحلال او اراد تمليك العين واظهرها لكثرته ووقوعه في الخارج ثانيها ما احتمله بعض المعاصرين بعد الاشارة الى الوجهين السابقين من تنزيله على الصلح او الهبة المعوضة او انه معاملة مستقلة لكنه قال بعد ذلك الا ان الجميع جميع ما ذكر حتى الوجهين السابقين محل منع لعدم الاجماع او السيرة المعتبرة على شرعية الاخير سيما مع ظهور كلامهم في حصر اسباب النقل في الامور المعهودة عندهم كما اعترف به بعضهم انتهى اقول الاولى في الاستدلال للمنع الى اصالة عدم السببية شرعا او الحصر اسباب النقل في الامور المعهودة وان وقع في كلام جماعة الا ان ذلك لم يبلغ حد الاجماع ولم نقف على مستنده ولا حجة في فتوى الفقهاء اذ لم يحصل به الاستكشاف عن قول الحجة بل يمكن الحكم بالصحة بدعوى دخول مثل ذلك تحت اطلاق التجارة عن تراض الا ان يقال انما اشارة الى الامور المعهودة بمعنى ان الاية واردة في مقام الاجمال وافادة مشروعية هذا الجنس الذي هو التجارة عن تراض وفي التفصيل موكول الى الخارج والى ما افادته الادلة الشرعية في مقام التفصيل فليس حالها الا حال ما يحدث في العرف من امر لم يمض شيء من الادلة الموكول تفصيلها الى ما فصله بعد ذلك وما يحدث في الشرع مما هو من قوله تعالى اقيموا الصلوة وقوله تعالى احل الله البيع فلا مجال للتمسك باطلاقها لكن ذلك يمكن منعه بان يقال ان سياق الاية حيث نهى فيها عن الاكل للمال بالباطل واستثنى منه

٢ حا

التجارة فدليل على وروده في مقام البيان واعطاء القاعدة على انه ما في الباب انه خرج ما خرج من مثل بيع
الغرر وبقي الباقي فليس حاله حال قوله تعالى احل الله البيع ونحوه كما لا يخفى على من له خبرة باساليب
الكلام فتدبر تنبيه لا يخفى على من له ملكة الاحاطة بمجامع الكلام انه قد علم مما حكيناه عن
من ان تمليك العين بعوض عين البيع وجه عدم قابلية جعله ره قصد مطلق تمليك العين
من جملة الاقسام بان يجعله قسما ويجعل في مقابله قسما اخر وهو ما قصد بخصوصه البيع
لانه اذا كان عين البيع فلا وجه لجعلهما قسمين ويشهد بما ذكرنا كلامه في اول
المعاطاة حيث قال وربما يذكر وجهان اخران احدهما ان يقع النقل من غير قصد
البيع الى ان قال والثاني ان يقصد الملك دون خصوص البيع ويرد الاول ان
والثاني بما تقدم في تعريف البيع من ان التمليك بالعوض على وجه المبادلة مفهوم البيع
لا غير انتهى واما القسم الثاني المقصود به البيع وهو الذي تصور فيه الايجاب والقبول
باعطاء مال واخذه بان يكون دفع العين ايجابا للبيع واخذه قبولا حتى يكون دفع
الثانية خارجا عن حقيقة المعاطاة بل من جهة قصد الدافع به فعل البيع وقصد الاخذ
الاستيفاء فقد عرفت في كلام المصرح في الامر الثاني انه بنى على صحته على القول بكون المعاطاة
بيعا على الكلام ما دل على صحة المعاطاة من الطرفين واما القسم الثاني كالمقصود به مجرد
المقابلة بين المالين فيشتمل على جهتين احديهما كون المراد به مطلق التمليك والاخرى
كون الايجاب والقبول قد حصلا باعطاء مال واخذه ويعلم الحكم فيهما مما ذكر في القسم
الثاني المقصود به البيع والقسم الاول المقصود به مجرد المقابلة بين المالين فافهم
فيكون الاخذ اخذه قابلا ومحلا بازاء ما بيد فعل الطرف الاخر فيتعلق نقول فلا بد
لا نقول هل الالفاظ به قولان وربما استعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل لو لم يكن اعطاء
وفي صحته تامل اشار بهذا الكلام الى صورة ايصال الثمن واخذ المثمن من دون صدق
اعطاء كما في اخذ ماء السقاء ووضع الفلس في المكان المعد له ونظائره مما تقدم من الامثلة

وقد نسب ره

وقد نسب ره في الامر الثالث انعقاد المعاطاة به الى دعوى بعضهم فقال وهذا بعيد عن
معنى البيع وقريب الى الهبة المعوضة لكون كل منهما للمالين خاليا عن العوض لكن اجراء
حكم الهبة المعوضة عليه مشكل اذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التمليك من الاول لانه انما
ملكه بازاء تمليكه فما لم يتحقق تمليك الثاني لم يتحقق تمليكه الا ان يكون تمليك الاخر له ملحوظا
له على نحو الداعي لا العوض فلا يقدح تخلفه هذا الكلام يتضمن امورا احدها ان هذا بعيد
عن البيع ووجهه ان المقابلة في البيع انما هي بين المالين وهنا بين الفعلين اعني
التمليكين ثانيها انه قريب من الهبة المعوضة ووجهه ما ذكره سابقا من ان الهبة المعوضة
ما اشترط فيها العوض فليست انشاء تمليك بعوض على جهة المقابلة بين المالين
العوض المشترط انما هو تمليك الاخر له ماله ثالثها انه ليس من قبيل الهبة المعوضة
ان المقابلة فيها ليست بين المالين فالاولى ما عقبه بالشرط ان يهب الاخر له ماله
للاول لانه قابل التمليك بالتمليك وجعل كلا من الفعلين عوضا عن الاخر ولهذا ذكره
سابقا ان ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب بالهبة بل غاية الامر ان المتهب
لو لم يؤد العوض كان للواهب الرجوع في هبته بخلاف ما نحن فيه فان المقابلة انما هي بين
التمليكين وكل من الفعلين عوض عن الاخر ولهذا قال ره هنا الا ان يكون تمليك الاخر
ملحوظا على نحو الداعي فانه يصير ما نحن فيه من قبيل الهبة المعوضة ويخرج عن عنوان المعاوضة
الحقيقية هنا وظاهر كلام المصرح في تعريف البيع انه ظاهر الاصحاب لانه قال هناك وقيل
يعني الهبة المعوضة انشاء تمليك بعوض على جهة المقابلة والا لم يعقل تملك احدهما لاحد
العوضين من دون تملك الاخر للاخر مع ان ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد
تملك الموهوب بالهبة بل غاية الامر ان المتهب لو لم يؤد العوض كان للواهب
الرجوع في هبته اه وغير خفي ان مقتضى ما ذكره المصرح ان الهبة المشترط فيها العوض
تفتقر الى ايجاب وقبول بالنسبة الى الموهوب اولا والى ايجاب وقبول بالنسبة

الموهوب ثانياً عوضاً ولكن الظاهر من كلام جماعة المحققين ره انه يصح ايقاع الهبة المعوضة على وجه
مقابلة الموهوب بالعوض فاله ره في ذيل قول الشهيد الثاني ره وصرح بالعوض المعلوم الهبة المشروط
فيها اطلاق الثواب مما لفظه مطلق العوض بان لا يعين عوضاً معلوماً في نفس العقد بل
وهبتك هذا على ان تثيبني بالمائة شيئاً او بعوض ولم يعين هذا كلامه ره وهو على انه
انفاق الهبة المشروطة بالعوض على وجه مقابلة العين بشيء من المال بحيث لا يتوقف
العوض الى انشاء جديد بل هو ظاهر كلام الشهيد الثاني ره في الروضة حيث قال في
ذيل الكلام على تعريف البيع وينتقض بعقد الاجارة اذ الملك يشمل العين والمنفعة
والهبة المشروط فيها عوض معين اذ لو كان عوض الهبة لا ينتقل الا بايجاب جديد لم يكن
وجه للنقض على تعريف البيع بالهبة المشروط فيها عوض معين ومثله ما ذكره المحقق الثاني ره
في ذيل قول العلامة ره البيع انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدر على
وجه التراضي من قوله ومع ذلك فتعريف المصنف صادق على بعض اقسام الصلح والهبة انتهى
بل يظهر ما ذكرنا من كلام العلامة ره في التذكرة حيث قال في باب الهبة لو اختلف الواهب
والمتهب في شرط الثواب فقال الواهب وهبت منك ببدل وقال المتهب وهبت
بلا بدل فحصل من ذلك كله انه ليس ظاهر الفقهاء ما ذكره المصنف بل الظاهر جواز الاكتفاء
بايجاب واحد وقبول وان العوض يشترط في الايجاب على وجه كونه هو المالك فعل الموهوب
له وهو ان يملكه عوض المال الموهوب اولا فوكيلي ثانيهما ان يقصد الاول اباحة
ماله بعوض فيقبل الآخر اباحته اياه فيكون الصادر من الاول الاباحة بالعوض ومن
الثاني بقبوله لها التمليك كما لو صرح بقوله ابحت لك كذا بدرهم لا يخفى عليك انه
في هذا الفرض امرين احدهما كون الاباحة مقابلة بالمال لا بنفس التمليك الذي هو
فعل الآخر ويدل على هذا تشبيهه على الوجه بقوله ابحت لك كذا بدرهم وثانيهما ان
يكون قبول الآخر اباحته مادام فعله الاول وقد صرح به فوكيلي اما اباحة جميع التصرفات

حتى

حتى المتوقفة على الملك فالظاهر انه لا يجوز اه فقد عرفت من كلامه ره ان اباحة جميع التصرفات حتى
الموقوفة على الملك كالبيع والعتق مع عدم تمليك اصل العين تتصور على وجهين
احدهما ان تكون مجاناً وثانيهما ان تكون بعوض والفرض الآن بيان حال الاولى
وقد عرفت بيان حال الثانية وتفصيل الحال ان ما ذهب اليه من عدم جواز اباحة
التصرفات الموقوفة على الملك مجاناً من دون تمليك العين الحق الذي لا محيص عنه
وذهب صاحب الجواهر ره الى الجواز هنا قال ره احديهما بقي الصور ره المتصور في
المعاطاة قصد الاباحة بالافعال ونحوها مصرحاً بذلك ولو بالقرائن الدالة على ارادة
الاباحة المطلقة والتسليط على التصرف حتى التسليط بالبيع وغيره مما يفيد الملك بل على
بذكر لفظ البيع ونحوه صريحاً به الدالة على هذا القسم من الاباحة في مقابلة الاباحة
لقسم خاص من التصرفات لان المراد منه الملك والتمليك البيعي مثلاً وهذا الصحيح
نسبي بالمعاطاة ومفادها اباحة مطلقة للمال بعوض كذلك على نحو المعاوضة بالتمليك
انه لا خلاف في مشروعيته ولو على جهة المعاوضة كما لا خلاف في مشروعيته بدونها العموم
تسلط الناس على اموالهم وبطيب انفسهم والتجارة عن تراض ونحوها انتهى ولكن
التحقيق عدم صحة الاستناد الى شيء من الوجوه المذكورة اما نفي الخلاف في خصوصها على
وجه الظن من مدعيه فلا حجة فيه اما في اصل موضوعه من المنع ويؤيده ما حكي عن
حواشي الشهيد ره في التصرفات الموقوفة على الملك على القول بالاباحة وما ذكره في
وغيره في هدية الجارية من عدم جواز وطيها وما ذكره الاكثر من عدم الخلاف فيه يعرف
لما ذكره بعضهم من انه لو دفع الى غيره مالاً وقال اشتر به لنفسك طعاماً من غير
قصد الاذن باقتراض المال قبل الشراء او اقتراض الطعام او استيفاء الدين منه بعد
الشراء لم يصح اذ لا يعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير فتدبر واما عموم تسلط الناس
على اموالهم فانه ليس مسوقاً لبيان جعل اسباب السلطنة وانما ناظر الحكم عليها

حاشا منها وانما هو مسوق لبيان اثبات السلطنة على الكيفيات واما الثانية فلما بيننا من الافادة الحصر من نفس
انه لا يشمل التملك بالعموم المذكور فجملة التصرفات المتوقفة على الملك في الاباحة بها لان العموم
المذكور غير شامل لها فان المتبادر منه انما هو التصرفات الجائزة شرعا وهذه التصرفات غير جائزة
عقلا وشرعا بل نقول ان ما دل على توقفها عليه حاكم عليه اذ لا يجوز للمالك ان ياذن فيها
لما لا يجوز لغيره ان يفعل شيئا منها بمجرد اذنه فان اذنه ليس مشرعا وانما يمضي فيما يجوز شرعا
فلا سلطنة له على ذلك اصلا ودعوى ان بينهما عموما من وجه بحيث يمكن تخصيص كل
منهما بالاخر ولا مرجح لاحدهما فيجمع بينهما بالملك التقديري آناً ما قبل التصرف المزبور
يدفعها ان المرجح انما هو التوقف في مادة التنافي والرجوع الى الاصول اذ لا شاهد على
الجمع المزبور ومجرد احتماله غير كاف في ثبوته والعمل به كما هو واضح نعم انما يتم ذلك لو دل
دليل خاص على صحة هذه الاباحة العامة مع ثبوت التوقف المزبور فانه يكون مخصصا عن التقدير
المذكور على نحو ما ثبت من دخول الاب وغيره في الملك آناً ما لا يقبل عن العتق ولكن
لم نعثر على ذلك وقد يتمسك لجواز الاباحة جميع التصرفات مع بقاء اصل العين على ملك مالكه
سواء كانت بعوض ام بغيره بقيام السيرة على وقوعها وبقائها اذ من جملتها المعاطاة فانها ملحقة بالباب
انما هي للاباحة مجانا ان نثار العرس وبعضه قيام السيرة على جعله ثمنا في المعاوضات والتصرف فيه — ٢ بعوض وبلا عوض جملة الاباحة
بما يتوقف على الملك كما انه قد يقال ان من جملتها الهدايا وقد كان النبي ص والائمة ع يتصرفون
فيها بكل انحاء التصرفات سواء كانت متوقفة على الملك ام لا وفيه ان نثار العرس
يحتمل لان يكون قد اعرض عنه صاحبه فصار من المباحات الاصلية فلذلك يملكه من حازه
واين هو من كونه قد اباح التصرفات حتى ما كان منها منوطا بالملك مع عدم اخراج اصل
العين عن ملكه على ما هو محل البحث هنا وهذا هو الظاهر عندي ويحتمل ان يكون من
باب الاباحة المطلقة بان يكون من قصده الاباحة في خصوص الماكول فيصير حاله حال
الطعام في الضيافة واما غير الماكول فلا اباحة فيه فيلزم رده ويحتمل ان يكون من باب

الهبة

الهبة ويحتمل ان يكون من باب اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك ومع سريان
الاحتمالات كيف يصح للمدعى ان يقول ان مقصودهم من النثار انما هو الاباحة مع انا نرى
بالوجدان انهم يعرضون عن نثار العرس ويخرجونه عن ملكهم واين ذلك من اباحة المنافع
فقط مع بقاء العين على ملك صاحبه كما هو محل البحث وذكر بعض مشايخنا ان ثياب
العرس مما يقصد اهله فيه الاباحة ومن هذا الباب يجعل الاضحية واستظهر قيام السيرة
على التصرف فيه بما يتوقف على الملك ولكنه ممنوع فيما نحن فيه عليه لانه قيام السيرة
على اباحة نثار العرس لا يستلزم قيامها على قصد الاباحة في غيره من الموارد كلا ثم
الظاهر المبحوث عنها وهي ما قصد فيه الاباحة مجانا من حيث الاباحة في جميع التصرفات
حتى ما يتوقف منها على الملك وانت خبير بان الوجدان شاهد على خلافه فان الظاهر
بل المعلوم عند كل من امعن النظر في قصد اهل النثار انهم لا يقصدون الاباحة
في التصرف فيما ينثرونه مع بقائه على ملكهم وانما يقصدون الاعراض عنه ويخلف النثر
عن المبحوث عنه وما ذكرناه من احتمال الاعراض واحتمال غيره فانما هو من باب
المماشاة مع الخصم في مقام الاستدلال واما المعاطاة فدعوى قيام السيرة فيها على
قصد الاباحة ولو كانت بعوض ممنوعة بل ليس مقصود المتعاطيين سوى التمليك
فلا منافاة لها على الاصل واما الهدايا فلا يقصد بها الاباحة وانما يقصد بها التمليك — البحث ثم
لمن اهديت اليه واين هي من قياسها على محل البحث الذي قد عرفت ان المنافي فيه
اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك مع بقاء العين على ملك صاحبه ثم ان
ذلك البعض ذكر ان تحقيق ما هو مناط نظر صاحب الجواهر في حكمه بثبوت الاباحة
بالنسبة الى التصرفات حتى المتوقفة على الملك هو قيام السيرة على المعاطاة مع
المتعاطيين بقصد الاباحة فتكون الاباحة حينئذ مالكية وهي فيها وان كانت
بالعوض الا ان الاباحة مجانا اما مساوية لها او اولى بالمشروعية عنه على التقدير شرعا

لما صرح ذلك البعض بانه ان ثبت السيرة على المعاطاة وثبت ان اهل المعاطاة يقصدون بها
الاباحة وان الشارع امضاها على ذلك لا انهم يقصدون بها البيع وانما الشارع انما رتب عليها
الاباحة ثبت مطلوبه وصرح ايضا بتأييد ما ذكره بانه لو لم يكن نظر صاحب الجواهر ره الى
ما ذكره لم يكن له نفي الخلاف مع ان المسألة ليست معنونة في كلماتهم فليس نظره الا الى ما تسالموا
عليه الى ان المحقق الثاني صرح من القول بالاباحة ولكنه قال بعد ذلك ان الذي يسهل
علينا الخطب هو انا لا نعتمد في صحة المعاطاة على السيرة لعدم تحققها حتى تحقق
وانما نعتمد على قوله تعالى احل الله البيع بعد احراز العرف من الخارج وهي كونها بيعا وقول
ما ذكره ذلك البعض من ابتناء جواز الاباحة مجانا على ما ذكره على الحدس والا فليس كلام
صاحب الجواهر ره متمحلا على ذلك ثم ان الفاضل الذي جعل دليل صحة المعاطاة هو قوله تعالى احل
الله البيع والالتزام بانه لو كان الدليل هي السيرة كان الامر كما يقوله صاحب الجواهر ره
لا وجه لان يحتج ان يكون دليلها هي السيرة ويثبت ما ذكره بان يقال ان السيرة قامت
على قصدهم البيع غاية ما في الباب ان يمنع نوع من السيرة ويثبت نوع اخر فيكون افادتها
للاباحة لو قلنا بها شرعية لا مالكية ولنعم ما ذكره بعض المعاصرين في كتابه حيث قال
بعد منع قيام الاجماع على اباحة جميع التصرفات حتى الموقوفة على الملك مجانا واولى منه بالمنع
ثبوت السيرة المعتبرة على ذلك ولا يلزم من ثبوت الاباحة الشرعية في المعاطاة ثبوتها
هنا ودعوى المساواة بينهما او اولوية المقام منها لان في المعاطاة اقتضاء مالكية فلا فرق
بينهما محل منع انتهى وقد يستدل للجواز في محل البحث وهي الاباحة مجانا بمسئلة
الانفال وانهم ع اباحوها لشيعتهم ولا ريب ان من تصرف منهم في شيء منها ملكه
وظاهر الاخبار الناطقة باباحتهم ع وتحليلهم ع هو ان مبنى ذلك هو كونها حقا
لهم ع وانهم اباحوا من باب المالكية الا ان ما تضمنه الاخبار المذكورة بيان لحكم شرعي
فلو كانت الاباحة تفيد الملك لم يكن لما تضمنته وجه وحكى بعض اهل الزمان الاشارة

الى ذلك عن شرح القواعد حيث جعل المعاطاة من باب الانفال وانهم اباحوها لشيعتهم
واجاب عن الاستدلال المذكور تارة بان ذلك من باب الاعراض فيصير مخرجا
عن ملك المالك فيملكه المتصرف واخرى بان محل البحث هنا هو ان يبيح جميع التصرفات
حتى الموقوفة على الملك من دون تمليك العين واباحة الانفال ليست من هذا القبيل
قطعا لانهم ع رخصوا في تملك العين في الانفال ونحوها اقول هذا الوجه هو المتعين
في الجواب فيكون اباحتهم ع لها من باب العطية وجوائز السلطان وعطاياه فيحصل ملك العين
مجانا وتتبعها المنافع واما الوجه الاول فيتجه عليه ان اباحتهم ع مقيدة بكونها للشيعة و
الاعراض على وجه التقييد غير معقول وقد اورد ذلك على ذلك البعض فاجاب بان بعضهم
ادعى في نثار العرس ايضا نظير هذا فقال باباحة التناول بالنسبة الى الاطفال والسفهاء
دون غيرهم من اهل باب الحظر مع مصيره الى كون الحل هناك من جهة الاعراض وفيه
حيث بانه لا يرتفع الاشكال هذا هو الكلام في الاباحة مجانا ويعلم منه حال الاباحة المعوضة
بمال فلا يجوز الانتفاع بشيء مما يمنع في المجانية من المنافع الموقوفة على الملك بطريق
اولى لقوة الاشكال في المعوضة من جهة كون التعويض غير ملائم للاباحة فافهم وفي
لما صرح في التذكرة بان قول الرجل لمالك العبد اعتق عبدك عني بكذا استدعاء لتمليكه
واعتاق المولى جواب لذلك الاستدعاء فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء
والجواب ويقدر وقوعه قبل العتق انا ما فيكون هذا بيعا ضمنيا لا يحتاج الى الشروط
المقررة لعقد البيع قال في التذكرة ما لفظه انما يفتقر الى الايجاب والقبول فيما سوى
الضمني من البيوع اما الضمني كاعتق عبدك عني بكذا فيكفي فيه الالتماس والجواب ولا تعتبر
الصيغ المتقدمة اجماعا انتهى واستشكل عليه بعض من تاخر بان كون المراد من
القول المذكور ما ذكره العلامة ره لم يقم عليه اجماع وانما هو مبني ذلك هو دعوى وهو ممنوع
فليس المراد هو البيع الضمني حتى لا يحتاج الى الشروط المقررة لعقد البيع وانما المراد هو البيع

٢ هذا الايراد

والتمليك الضمني بان يكون وكيلا عن القائل فيبيع العبد عليه ويقبل عنه بوكالته ثم يعتقه بعد
ان صار العبد ملكا له بوكالته عنه واين هذا من البيع الضمني الذي ادعى ره دلالة الكلام
عليه ثم استشهد لما ذكره بان علماء الاصول عقبوا قوله اعتق عبدك عني بكذا بعتق لهم
اى مملكا ولا يفهم منه الا التمليك الضمني المستقل واين هو من التمليك الضمني ثم ان ذلك
البعض قد اعترف بدفع الاشكال بان وقوع البيع الضمني في الكلام المذكور اجماعى
وقد صرح به غير من فقهائنا الا انهم اختلفوا في استحقاق عوض العبد على القائل
اذا اعتق اما الالتزام عنه فتامل واذ قد عرفت ذلك نقول لما كان الصورة لا يلزم من
ذلك ثبوت مثله في غير هذا المورد مثل بع مالي لك ونحوه فانه محال لالتزام البيع
الضمني لان ذلك حكم على خلاف القواعد قد التزمنا به فيما قام عليه الاجماع فكفاية
ذلك شرعا في العتق للاجماع او نحوه غير قاضية بكفايته في غيره اذ قد يفرق بينهما
بامكان حصول الغرض في البيع مثلا باباحة التصرف في الثمن مع كونه ملكا لصاحب
العين فلا ضرورة الى دخولها في ملك البايع قبل البيع كي يكون الثمن له بخلاف
العتق فان برائة الذمة منه لعلها موقوفة على دخوله فلا باس بنحو التقدير فيه
دون غيره فتامل ولا شك ان المقصود فيما نحن فيه ليس الاذن في نقل المال
اولا ولا في نقل الثمن اليه ثانيا اه مع انا نقول انه لو قصد مثل ذلك لكان خارجا
عن مفروض بحثنا الذي هو بقاء العين على ملك مالكه مع اباحة جميع المنافع
حتى ما يتوقف منها على الملك فتامل واما الكلام في صحة الاباحة بالعوض سواء
صححنا اباحة التصرفات المتوقفة على الملك ام خصصنا الاباحة بغيرها اه اراد بالاباحة
بالعوض معاوضة اباحة بمال صاحبه بعد الفراغ عن كون نفس الاباحة جايزة
شرعا بدون عوض ولطيف اشار بالتعميم بقوله سواء اه الى جريان البحث على القولين
فانا ان قلنا باباحة التصرفات المتوقفة على الملك حررنا البحث في معاوضة اباحة التصرفات

حتى المتوقفة على الملك وان منعنا من اباحة التصرفات المتوقفة على الملك واقتصرنا على تجويز
اباحة غيرها حررنا البحث في معاوضة اباحة التصرفات الغير المتوقفة على الملك ضرورة
كون ما يتوقف على الملك على هذا التقدير مما لا مساغ لتجويزه قطعا وكيف كان فهذا القسم هو
الوجه الثالث الذي ذكره بقوله ان يقصد الاول اباحة ماله بعوض فيقبل الاخر باخذه
اياه فيكون الصادر من الاول الاباحة بالعوض ومن الثاني بقبوله لها التمليك
كما لو صرح بقوله ابحت لك كذا بدرهم قوله ره بل كلاهما ملك للمبيح اما ماله فلانه لم يخرج
عن ملكه غاية ما في الباب انه اباح لصاحبه التصرف فيه واما مال صاحبه فلان المفروض
انه صار عوضا للاباحة فصار ملكا للمبيح نظير صيرورة الثمن ملكا للبايع قوله ره فيشكل الامر
فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا وعرفا مع التامل في صدق التجارة
عليها فضلا عن البيع الا ان يكون نوعا من الصلح لمناسبته له لغة لانه في معنى التسالم
على امر بناء على انه لا يشترط فيه لفظ الصلح كما يستفاد من بعض الاخبار الدالة على صحته بقول
المتصالحين لك ما عندك ولي ما عندي ونحوه ما ورد في مصالحة الزوجين ولو
كانت معاملة مستقلة كفى فيها عموم الناس مسلطون والمؤمنون عند شروطهم اقول
قوى بعض من تاخر عدم شرعية مثل هذه المعاملة نظرا الى انه لم يثبت من الشرع فينفيه
الاصل بمعنى اصالة عدم تجويز الشارع وتقريره له ويجري في صورة على تقدير الشك
في صحته كما هو المفروض اصالة عدم انتقال العوض من صاحبه الحقيقي وذلك
لعدم اندراج المعاملة المذكورة في العمومات التي يحتمل افادتها الشرعية مثل
قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض لان الترخيص في اكل الاموال الناشئ عن التجارة
الناشئة عن التراضي ليس ترخيصا في اكلها باي عنوان نشاء بل هو اشارة
الى الترخيص في التجارات المعهودة الناشئة عن التراضي وكذلك قوله تعالى اوفوا بالعقود
فانه اشارة الى ايجاب الوفاء بالعقود المعهودة المتعارفة وقد يعلم منه سقوط ما نعم ما ذكره

٢ تقدم

المصرّة من التامل في اصل صدق مفهوم التجارة على مثل هذه المعاملة في محله لكن يمكن صحة التملك
بقوله تعالى اوفوا بالعقود بناء على تحقق العقد بمجرد القصد والفعل وان لم يقترن باللفظ ثم ان
ظاهر كلام المصرّة الاشكال والتردد في الحكم وان كان يظهر منه في الاباحة بالاجرة ما يحتمل
ان الاقوى عنده في الاباحة بالعوض الصحة واللزوم ووجه الجواز ما اشار اليه من انه
يحتمل ان يكون صلحا ويحتمل ان يكون عقدا مستقلا واورد عليه ذلك البعض بما ذكره
من المنع وهو كون معنى الصلح هو التسالم وان كان مسلما الا انه لا يكفي في تحقق الصلح قصد
مصداق التسالم والتصالح كيفما اتفق بل لا بد فيه من قصد عنوان الصلح وناديته عقد بعنوان
الصلح والتسالم على ما هو الشان عند الفقهاء بل ما هو المشهور الذي يلوح خلافه بالتامّل
من انه يعتبر في كل عقد من العقود قصد عنوان ذلك العقد ولا بد في البيع من قصد عنوانه
ولا يكفي مطلق تمليك العين وهكذا غيره غاية ما في الباب انه خرج بعض موارد الاجارة بالدليل
وبقي الباقي تحت قاعدتهم المعروفة عندهم واقول ما ادعاه من الشهرة لم يتحقق بل الظاهر
خلافه ولا دليل على اعتبار قصد ما زاد على المفهوم الذي يصدق عليه عنوان العقد و
قوله عم الصلح جايز بين المسلمين يجري في كل ما يصدق عليه الصلح وتفسيره ينحل الى دليل
مضافا الى انه ما استشهد به من بعض الاخبار المفيدة لتحقق الصلح بان يقول احدهما
للاخر لك ما عندك ولي ما عندي واقول لان الخبر المذكور عبارة عن رواية محمد بن
مسلم عن ابي جعفر عم انه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري
كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي
فقال لا باس بذلك اذا تراضيا وطابت انفسهما انتهى قلت لا دلالة فيها على المطلوب لان
الكلام فيها مسوق لبيان امر اخر وهو صحة المصالحة مع الجهل بالعوضين وليس مساق الكلام
لافادة انه يكفي في الصلح اي لفظ كان ولعلهما اوقعا عقد الصلح بلفظه بعد المقاولة المذكورة
في الرواية وما ذكرناه قد ذكره في الوسائل في باب جواز الصلح مع علمهما او وقعت المنازعة

م تفصيل المصرّة

فيه

فيه وصحتها انهما الا مع علم احدهما وجهل الاخر واشتراط التراضي منهما فلت دلالة الكلام
على جواز الصلح على المجهول لا تنافي دلالته على كفاية اي لفظ اتفق لان السائل قد سأل عما
يتضمن امرين احدهما انه لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه والاخر انه قال كل واحد
منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي واجاب عم بنفي الباس وصرف الجواب الى الجزء الاول من
السؤال دون الجزء الاخر لا وجه له وتوهم صاحب الوسائل مع انه لا حجة فيه غير مناف لما ذكرنا
لانه عقد الباب لبيان احد الجزئين واما احتمال انهما اوقعا عقد الصلح بلفظه بعد المقاولة فمع
ان الاصل عدمه ينفيه ظاهر سياق السؤال والجواب في الحديث لان الظاهر ذكر جميع
ما وقع وكذا الحال فيما ورد في مصالحة الزوجين لانه اشار به الى جملة من الاخبار ذكرها في
الوسائل في باب ان المرأة اذا خافت من بعلها نشوزا او اعراضا جاز لها ان تصالحه بترك
حقها من قسم ونفقة او شيء من مالها وجاز له القبول كرواية الحلبي عن ابي عبد الله عم
قال سألته عن قول الله عز وجل وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فقال هي المرأة تكون
عند الرجل فيكرهها فيقول لها اني اريد ان اطلقك فتقول لا تفعل اني اكره ان تشمت
بي ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك ودعني
على حالتي فهو قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا وهذا هو الصلح ورواية احمد
بن محمد عن ابي الحسن الرضا عم في قول الله عز وجل وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا
قال النشوز الرجل يهم بطلاق امرأته فتقول له امسك ما علي ظهرك واعطيك كذا وكذا واحللك
من يومي وليلتي على ما اصطلحا فهو جايز وغيرهما مما ليس في الظهور بمرتبتهما فان قوله
في الرواية الاولى وهذا هو الصلح اشارة وحكم على ما ذكره عم من قول الزوج والزوجة
ويدل عليه قوله عم على ما اصطلحا فهو جايز في ذيل قوله عم الرجل يهم بطلاق امرأته فتقول
فتدبر ولا تصغ الى ما قيل او يقال فتدبر ولو كانت معاملة مستقلة لكفى فيها عموم
الناس مسلطون والمؤمنون عند شروطهم اقول اما ما ذكره من انه على تقدير كونها

معاملة مستقلة يكفي في افادة صحتها عموم قوله ع الناس مسلطون على اموالهم فيتجه عليه ان
عموم السلطنة انما هو ناظر الى ثبوت السلطنة بالتصرف في اموالهم على اي نحو شاؤوا من انحاء
المقررة في الشرع للتصرف وليس في مقام التشريع بمعنى ان لهم ان يتصرفوا بما شاؤوا وان
كان مما لم يرد من الشارع اذن في ذلك النوع من التصرف واما ما ذكره من التمسك بعموم
المؤمنون عند شروطهم ففيه عليه ان المسلم من مورد الشرط انما هو ما كان قد اشترط
في ضمن عقد اخر وكون العقد المستقل من موارده ممنوع تنبيه لا يخفى ان في هذا
المقام عكس الصورة المذكورة لان من قال اعتقك بدرهم كان موجبا وهبتها
فيصح عكسه ان يكون الموجب هو المالك المعوض في مقابل اباحة صاحبه ماله
اياه بان يقول اعطيك او ملكتك هذا الدرهم على ان تبيح لي مالك وهذه الصورة
قد تكون على وجه المقابلة والمعاوضة بين الاباحة والتمليك وقد تكون بعنوان
كون اباحة الاخر من قبيل الداعي لتمليك الاول بل ينقسم الى قسمين اخريين
باعتبار اخر وهو ان القبول من الثاني قد يكون باخذه ما دفعه الاول وقد يكون
باعطائه ماله كانه يريد انشاء الاباحة ولا يبعد في هذه الصورة باقسامها الحكم بالصحة
نظرا الى تحقق العقد بمجرد القصد والفعل وان لم يقترنا باللفظ وان كان في صدق
التجارة على مثل المفروض تامل كما ذكره المصنف في عكس هذه الصورة وجعلها بعض
المعاصرين اولى بعدم الصحة من الاصل الذي جعل الاقوى فيه عدم الصحة
استنادا الى الاصل ثم ان هيهنا صورة اخرى وهي ان لا يكون مقابل الاباحة هو
المال بل يجعل في احدهما ان يكون مقابل الاباحة وعوضها هو التمليك
من الاخر فيكون من معاوضة الاباحة بالتمليك ثم ثانيهما ان تكون الاباحة
من الاول لداعي التمليك ولا ارى مانعا من صحة الاول بناء على عموم قوله نعم
اوفوا بالعقود واما الثاني فيجري ان عموم سلطنة الناس على اموالهم ونحو فيه

محل تامل

محل تامل قوله وعلى تقدير الصحة ففي لزومها مطلقا لعموم المؤمنون عند شروطهم ومن طرف المباح
له حيث انه يخرج ماله عن ملكه دون المبيح حيث ان ماله باق على ملكه فهو مسلط عليه وجوازها
مطلقا وجوه اقويها اولها ثم اوسطها قد عرفت منع جريان عموم المؤمنون عند شروطهم وعدم
قضائه باللزوم في مثل المقام الذي هو ليس التزاما في ضمن عقد اخر وانما هو عقد مستقل واما الاقوى
هو القول الاوسط لانه بعد خروج مال المباح له عن ملكه لا شك في انه يجب له العقد العود
اليه باستصحاب ملك المبيح ويحكم بعدم جواز تصرف المباح له الا باذنه لان الناس مسلطون
على اموالهم فله ان يمنع غيره عن ماله قوله واما حكم الاباحة بالاباحة فالاشكال فيه ايضا
يظهر مما ذكرنا في سابقه والاقوى فيها ايضا الصحة واللزوم وهو انه كان الاقوى في الاباحة
بالعوض هو الصحة واللزوم على تقدير الصحة فكذلك الحال في الاباحة بالاباحة فيصح هذا الكلام
قرينة على ان المعتمد عنده في الاباحة بالعوض هو ما ذكره بقوله الا ان يكون نوعا من الصلح
بعض من تاخر صحة الاباحة بالاباحة مع منعه من ثبوت شرعية الاباحة بالعوض استند في
ذلك الى انه لا مانع من كل من الاباحتين الصادرتين من احدهما والاخرى من الاخر
بان الاباحة مرخص فيها شرعا وعلى تقدير مقابلتها بالاخرى لا تخرج عما كانت عليه وهو
قريب الى الصواب الا ان هذا لا يثبت شرعية نفس العقد المعوض باباحة بالاباحة
ويترتب على هذا انه يرتفع احتمال اللزوم عن مثل العقد المذكور ويمكن دعوى صدق
التجارة عن تراض عليه من حيث معاوضة الاباحة بالاباحة وشمول قوله تعالى اوفوا بالعقود بناء على ما عرفت
من صدق العقد على مطلق العهد وان لم يكشف عنه اللفظ وانما كان الكاشف هو الفعل
وقد عرفت انه عدم الدليل على انحصار العقود في المعاوضات خصوص المعهودة منها وقال
بعض المعاصرين في كتابه ان صحة الاباحة المجانية على الوجه العام او الخاص بغير التصرفات
المتوقفة على الملك قاضية بصحة المعاوضة لكل من الاصل والعمومات المقتضية لنفي الخلاف
او الاشكال في لزوم العوض فيه بما لا يخرج بها عن المعاوضات المعهودة شرعا وعرفا مع احتمال

[illegible]

منع صدق التجارة عليها فضلا عن البيع وقد يدفع مع اطلاقه لمنع تمامية الاصل لانه بمعنى الشيء لم
يقم بناء على عدم اشتراط كونه بلفظه لما قيل بان خروجها عنها مع تسليمه غير قادح بعد قضاء
العمومات بها حتى نحو قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم لما قيل فح تكون معاملة مستقلة
وقول ومعها وجوازها وجهان من العموم واصالة التسلط لما قيل ولكن في قضاء العموم
بذلك تامل فالوجه الثاني مع منع كون ذلك من الشروط التي يجب الوفاء بها الا هو والاصح
وخلو ومعها عما يلتزم به الا بعنوان المعاطاة وجهها اقربها ذلك لا تلقي داته كما لا تفاعل جدا
انتهى والظاهر ان مراده بالاصل اصالة الجواز وهي انما تصح جوازه باحتمال منهما اما لا
نفيد كون معاوضة الاباحة بالاباحة معاملة شرعية فتامل ومراده بالعمومات اذ كان صاحب
الجواهر ره من عموم تسلط الناس على اموالهم وعدم حل مال امرء الا بطيب نفسه والتجارة
عن تراض ومراده من نفي الخلاف هو ما ذكره في اقوله وهذا الوجه وان تقدم فيها بعض
المناقشات الا ان الانصاف انه يمكن ان يستدل للحكم بالصحة بصدق التجارة عن تراض من
جهة نحو الاباحة بالاباحة وبما في ذيل بعض ما نطق من الاخبار بعدم حل مال امرء الا عن
طيب نفسه من انه اذا طاب نفسه حل فتصير في مقام اعطاء الفاعلة تنبيهات الاول
ان من الاقسام التي يمكن تصوير صدق المعاطاة عليها هو ان لا يقصد خصوص
البيع والتمليك ولا خصوص عنوان الاباحة بل يعطي صاحبه شيئا ليتناول عوضه فيدفعه
اليه وقد استشكل في صحته بعض المعاصرين وقد يقال بشرعيته على القول باشتراط
الصيغة في البيع وجعل المعاطاة من باب الاباحة نظرا الى تصحيحه على جهة الاباحة التي
هي لا اصل فيما يقصد به مطلق التسليط وغيرها يحتاج الى قصد اخص يخالف فيها فانه يكفي
فيها قصد هذا التسليط المطلق ويمكن ان يكون هذا مراد الشيخ ره وغيره في المثال الذي
ذكروه من اعطاء البقال شيئا بل القائل بعدم اشتراط الصيغة في البيع وبكون المعاطاة
من اقسامه كالمحقق الثاني ره واتباعه قد يقول بشرعية ما ذكر من الاباحة بالاباحة ضرورة

عدم

عدم امكان جعله بيعا بعد فرض عدم التسليط على جهة الملك فيكون اباحة مالكية الطيب
نفس المالك ورضاه بسائر التصرفات ولا بأس به مع عدم ارادة اثبات اباحة الاباحة المالكية
والا فلا تكون لها اصل بل يحتاج الى قصد اخص منه ولا يخفى ان ما ذكرناه من احتمال كون
المراد في المثال الذي ذكروه من اعطاء البقال شيئا هذا القسم الذي هو عبارة عما هو اعم من البيع
والاباحة بان يعطي شيئا ليتناول شيئا مجرد احتمال والا فلا بعد وان يكون مرادهم بالبيع
نحو ما ورد الاقوال عليه كما هو الشأن في كل عنوان وقع فيه النزاع وليس لاحد نفي قصد
المتعاطيين البيع العرفي وان كان الشارع لم يرتب عليه حكم البيع وانما رتب عليه حكم
الاباحة وذلك لان كلامهم انما هو في مقابلة العامة القائلين بكونها بيعا وفي مقابلة
بعض الخاصة لكن المفيدة على احتمال فلابد من جعل محل النزاع قابلا لكونه بيعا وجعل هذا
النزاع العظيم لفظيا على الوجه لو من هنا يظهر سقوط ما ذكره بعض المعاصرين تبعا لصاحب
الجواهر ره من ان محل النزاع ما لو قصد المتعاطيان الاباحة وذلك لان اجراء الشارع حكم
الاباحة على ما قصد فيه المتعاطيان التمليك امر معقول بخلاف العكس ثم ان المعروف
عدم تعرض الصورة هنا لكن هذا القسم هو بناءه على الملازمة وغيره لانه قال في ذوات المعاطاة
ما لفظه وربما يبدو لي وجهان آخران احدهما ان يقع الفعل من غير قصد البيع ولا تصريح
بالاباحة المزبورة بل يعطي شيئا ليتناول شيئا فدفعه الآخر اليه الى ان قال وفي الاول
بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوين الاباحة او العارية او الوديعة او القرض ٢ البيع و
او غير ذلك من العنوانات الخاصة انتهى وان كان دعوى امتناع الخلو عما لا يخفى
ما فيه وقال بعض المعاصرين ايده الله تعم في ذيل كلامه معترضا بالصورة ما نصه لا يلتفت
الى رد هذا الوجه بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان خاص من بيع او اباحة او عارية
او وديعة او غير ذلك خصوصا بعد الاعتراف باطلاق قصد التمليك المطلق كما في تبيع ٢ او قرض ٢
البيت الثاني وبعد الاعتراف بان المعيار في المعاطاة وصول المالين او احدهما مع الرضا

بالتصرف بدون انشاء اباحة او تمليك وان كانت في نحو لحوق المعاطاة المتنازع فيها منع ظاهر انتهى ولا
يخفى ما فيه من رجوع لكلام المقدمة في اوائل المعاطاة انه لم يعترف بان المعاطاة انما تستدركه في ذيل الكلام انه لا يظهر
من غير واحد في مثل بيع لبن الشاة وغيره كون التمليك المطلق اعم من البيع فلا اعتراض عليه من
هذه الجهة واما ما ذكره من كون الاعتراف بان المعيار وصول المالين او احدهما منافيا لاشتراط
الى عنوان خاص من العناوين فهو واضح السقوط ايضا لانه لم يعترف بذلك بل قال في الامر الثاني
ما لفظه ربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد ايصال الثمن واخذ المثمن من غير صدق اعطاء احد له
الى ان قال وسيجيء توضيح ذلك في محله ثم تعرض وذكر في ذيل الامر الثامن عند التعرض لتحقق
المعاطاة بالعقد الفاسد ما لفظه الثالث انه لا يشترط في المعاطاة انشاء الاباحة والتمليك بالقبض
بل ولا بمطلق الفعل بل يكفي وصول كل من العوضين الى المالك الاخر والرضا بالتصرف قبله
او بعده على الوجه المذكور ثم استشكل فيه وبين وجه الاشكال ثم قال في ذيله المعيار
في المعاطاة وصول المالين او احدهما مع التراضي بالتصرف وهذا ليس ببعيد على القول
بالاباحة انتهى ومن المعلوم انه لا قول بالاباحة ثم انه قد تحصل من جميع ما تقدم ان
المعاطاة تتصور على وجوه احدها اعطاء كل من اثنين عوضا عما ياخذه من الاخر بعنوان
المبايعة كما في البيع الواقع بالايجاب والقبول اللفظيين وثانيها كون الاعطاء بعنوان
الاباحة المطلقة بمعنى جميع التصرفات حتى ما هو موقوف على الملك كوطي الجارية والبيع وغيرهما او اباحة
التصرفات التي لا تتوقف على الملك كالاكل والشرب وامثالهما او على النقل بعيب والاباحة
اما بالعوض بان يعطي احدهما ماله الاخر بعنوان الاباحة كي يبيح الاخر عوضه له واما بلا
عوض بان يعطي احدهما ماله الاخر بعنوان الاباحة من دون نظر الى اباحة الاخر عوضه
له وكذا الاخر وثالثها ان يكون الاباحة في مقابل التمليك بان يعطي ماله بعنوان الاباحة
على ان يكون ما يعطيه الاخر ملكا له ورابعها عكس الثالث وخامسها ان يكون التمليك
في مقابل التمليك بان يملك احدهما ماله الاخر ليملك الاخر ماله اياه وسادسها ان

يكون

يكون التمليك في مقابل الملك بان يعطي كل منهما ماله الاخر ليصير ملكه لكن بدون قصد شيء
من العنوانات التي تحصل في ضمنها التمليك كالبيع ونحوه فيقصد الملك المطلق وسابعها
ان يكون اعطاء كل واحد منهما من دون نظر الى الاباحة وغيرها الثامن انه يشترط
التطابق بين قصدي المتعاطيين فلو فرض ان احدهما قصد الاباحة والاستباحة و
الاخر قصد التمليك والتملك لم تقع المعاطاة الا فاسدة ولو شك احد المتعاطيين في ان
صاحبه قصد على نحو قصده حتى يحصل التطابق او قصد على غير ذلك النحو كما قلنا
انه قصد احدهما الاباحة والاخر الملك حتى ينتفي التطابق كانت المعاطاة محكوما عليها
بالفساد لعدم احراز الشرط اما لو شك ثالث في ان المتعاطيين اوقعا المعاطاة على وجه
صحيح او فاسد كان اللازم هو الحكم بوقوعها صحيحة وهو معنى حملها على الصحة التي هي اعم
من الاباحة والبيع ونحوهما مع فرض صحة الجميع ولا طريق الى تخصيص بعضها
بما هو اخص منه لكون الصحيح معنى عاما والعام لا يدل على الخاص بخصوصه ولا وجه
للالتفات الى احتمال ارادة بعض الوجوه الفاسدة بعد جريان قاعدة حمل فعل المسلم على
الصحيح ولهذا قال بعض القائلين بالفساد في المعاطاة المتنازع فيها بجريان حكم
الاباحة على ما هو المتداول بين الناس مما يسمونه بيعا ما لم يعلم منهم انشاء البيع والشراء
بقصدهم والا كان من البيع الفاسد كانشائه بالكتابة ونحوها مما نهى عنه الشارع ان
كما نعتقده ما لا يخفى على من لاحظ حملنا على ما ذكرناه اذ من المعلوم استمرار الطريقة والسيرة
على جواز التصرف مع العلم المزبور والتجارة بالكتابة واستظهر بعضهم من الغنية
جواز المعاطاة بالكتابة ونحوها وان النهي عنها انما هو عن عقد البيع خاصة وقال
بعض المعاصرين بعد ذكره وهو لعله كذلك ولكن لا يكاد يظهر من عبارتها القصد الى
هذا المعنى لانه قال واعتبرنا حصول الايجاب من البائع والقبول من المشتري تحرزا
عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري والايجاب من البائع وهو ان يقول بعنيه

بالف فيقول بعتك فانه لا ينعقد بذلك بل لا بد ان يقول المشتري بعد ذلك اشتريت او قبلت حتى
ينعقد واحترز بالقبض عن القول بانعقاده مع المعاطاة نحو ان يدفع اليه القطعة ويقول اعطني
فيعطيه فان ذلك ليس ببيع وانما هو اباحة للتصرف يدل على ما قلناه الاجماع المشار اليه وايضا
فان اعتبار ما يجمع على صحة العقد به وليس على صحته بما عداه دليل وايضا ما ذكرناه نهى ص عن بيع الملامسة
والمنابذة وعن بيع الحصاة على التاويل الاخر ومعنى ذلك ان يجعل اللمس للشيء والنبذ له
والقاء الحصاة بيعا موجبا انتهى وقوله على التاويل الاخر في مقابل ما ذكره سابقا في قوله والجهالة
بالمبيع نهى ص عن بيع الحصاة على احد التاويلين وهو ان يعقد البيع على ما تقع عليه الحصاة
انتهى قوله سن الخامس في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود وعدمه اه فيه ان ذلك
يؤيد المعاطاة في الاجارة وسائر العقود عدا النكاح بل عن بعض ح تاخر ويرده ما في ايضا
عن تعليق الارشاد ان من المعاطاة الاجارة ونحوها بخلاف النكاح والطلاق ونحوهما
فلا تقع وفي عبارة جامع المقاصد المذكورة في المتن اعتبار المعاطاة في الاجارة والهبة عن بعضهم
بل عن ظاهر الاصحاب ومثلها عبارة ال مع تنظر في جريانها في الهبة ودعوى اطباق الاصحاب في
الاجارة قال ره فيها ذكر بعض الاصحاب ورود المعاطاة في الاجارة والهبة بان يامره بعمل معين
ويعين له عوضا فيستحق الاجرة بالعمل ولو كانت اجارة فاسدة لم يستحق شيئا مع علمه بالفساد
بل لم يجز له العمل والتصرف في ملك المستاجر مع اطباقهم على جواز ذلك واستحقاق الاجرة انما
الكلام في تسميته معاطاة في الاجارة وذكر في مثال الهبة ما لو وهبه بغير صيغة فيجوز للقابض
اتلافه وتملكه به ولو كانت هبة فاسدة لم يجز ولا باس به الان في مثال الهبة نظرا من حيث
الهبة لا تختص بلفظ بل كل لفظ يدل على التمليك بغير عوض كاف فيها كما ذكروه في بابه وجواز
التصرف في المثال المذكور موقوف على وجود لفظ يدل عليها فيكون كافيا في الايجاب
اللهم الا ان يعتبر القبول القولي مع ذلك ولا يحصل في المثال فيتجه ما قاله انتهى وفي
الجواهر بعد ذكر هذا الكلام في تصويب وقوع الهبة بالفعل على قطعة او نقض ... الهبة

بالفعل

بالفعل الذي قصد به ذلك لا المعاطاة فيما نحن فيه ثم قال وليس المهم ذلك انما المهم بيان حكم
المعاطاة بالصيغ الثانية في باقي العقود كالقرض والرهن والضمان والحوالة والكفالة والمزارعة
والمساقاة والصلح والاجارة والجعالة والوصية والوقف ونحوها وبيان ان فائدة الصيغة في بعضها
مع فرض جريانها فيها كالقرض والضمان وانما اللزوم كالمفادة فيحقق الرجوع فيها كالمعاطاة في البيع قبل
حصول ما يقتضي اللزوم وهما بناء على ما ساواتها المعاطاة البيع التي فيها اللزوم بتحقيقها ولا بالصيغ
او غيره كلا ذلك ونحو غير محرر في كلامهم لكن ان النصوص وغيرها الدالة على ذلك وليس التي
التي يمكن دعوى حصولها في الجميع على وجه يلحقها اسم تلك المعاملة القائمة مقامها واحكامها
ما كان مختصا بالصيغة منها كاللزوم بناء على الاختصاص ويلحق انه او نحو فيتبع منها لحكمها
وفي بعض ما هو لقيام كالشفعة والابراء وفسخ الخيار ونحوها فينكشف بذلك على ما
الصيغة في اصل الصحة لحاق التملك انما هو للزوم فيما ثبت جوازه اما فيه كالقرض فعالة انما
انما ذاك عليه بما هو غيره الى قرينة بخلاف الافعال ونحوها ولذا تعرضوا لها
واضبطها في العقود الجائزة كالعارية والوديعة ونحوهما مما علم قيام الافعال كالكلمة
عليها مقامها بل لو قيل بان جواز المعاطاة في البيع للاجماع والسيرة لا لاقتضاء بل
اللزوم فيه او نحو بل يكفي فيه استصحاب الاثر الذي يحصل حصوله منها مضافا الى حصول
ما دل عليه مثلا في الرهن ونحو الحكم لقوله بلزومها القبض منها كالوقف فيعد ذلك بالصيغة
فلا رجوع حينئذ في معاطاة الرهن والضمان ونحوهما هذا الكلام مرة وقد ذكرنا هذه الجملة لتخرج
المقام الاحقين ح في تعقيبها بقوله الا ان الجميع كما ترى وكيف كان فالذي يمكن ان يبحث عنه
في المقام امور احدها جريان المعاطاة في غير النكاح من العقود اللازمة وثانيها جريانها
في العقود الجائزة كالوديعة والعارية ونحوهما وثالثها جريانها في غير الطلاق من الايقاعات
وصاحب الجواهر قد انكر جريانها في بعض الامور المذكورة لكن على وجه خاص وهو
كون معاطاة كل عقد يقوم مقامه ويقصد به ما يقصد به في معاطاة البيع لقصد البيع

احكامه وهكذا ولهذا حمل الثاني لما ذكر يؤيد لكون المعاطاة التي اثبتها الاكثر الاصحاب بقصد
بها الاباحة والاخرى ره تكون مجريا تنافي سائر العقود ومما يشهد بذلك ما ذكره ره في
كتاب الوصية في شرح قول المحقق ره فالايجاب كل لفظ دل على ذلك القصد نقول
نعم ينبغي ان يكون استعمال اللفظ في ذلك جاريا مجرى الاستعمال المتعارف ولا يكفي
ارادته ذلك من لفظ غير صالح لارادته حقيقة ولا مجازا وكذلك الكلام في القبول لكنه
هو اوسع من الايجاب ولذا جاز فيه ان يكون فعلا دالا على الرضا بالايجاب بلا خلاف
احله فيه وفي سائر العقود الجائزة نعم ظاهرهم بل صرح بعضهم عدم تحقق العقد في شيء
منها بالفعل في الايجاب لكن لا يخفى عليك هذا وغيره في الجميع كما لا يخفى عليك تحقق
اسمائها كالعارية والوديعة ونحوهما على ذلك ولا مناص ح عن القول بجواز ذلك فيها
ولحوق احكامها له الا انه ليس عقدا فهو شبه المعاطاة في العقود اللازمة التي تندرج
في الاسم ولا يجري عليها احكام حكم العقد وليس عدم التمسك هنا بين المعاطاة والعقد بعد
الاشتراك في الجواز ما تعاطى ذلك لما هو واضح فيحصل العقد هنا بالايجاب لفظا
والقبول كذلك او فعلا وما عداه معاطاة وهو ما كان ايجابه فعلا سواء كان قبوله كذلك ام لا ه
انتهى والحاصل انه لا ينكر كون المعاطاة المفيدة للاباحة جارية في سائر العقود ولم نعثر
من الكلمات ما يشهد بذلك في الابواب المتفرقة لا حاجة الى تطويل المقال بذكرها
ويشهد بما ذكرنا قوله في صدر العبارة الاولى انما المهم بيان حكم المعاطاة بالصورة
الثانية في باقي العقود وذلك لانه ره قدم للمعاطاة صورا وجعل اوليها ان يقصد بها
الاباحة وثانيتها ان يقصد بها النقل على نحو البيع وكيف كان فالحق في هذا
المقام عدم جريانها في النكاح والطلاق والظهار واللعان والنذر والعهد واليمين
والعتق والتدبير لعدم قابلية جملة منها وعدم ثبوت المعاطاة في بعضها لعدم الدليل
عليه وفي بعضها من السيرة وغيرها واما سائر العقود فقد يستدل لثبوتها فيها بوجوه احدها

السيرة

السيرة المستمرة على اجرائها فيها على حد اجرائها في البيع وهي مما منع من التمسك بها بعض
ناظرا الى انها ناشئة من عدم المبالاة في الدين واستند في توضيح المنع الى قيام
السيرة على المعاطاة في الوقف وعلى البيع والشراء من الصبي مع ثبوت اشتراط الصيغة
في الوقف اجماعا وبطلان بيع الصبي وشرائه ولكن لا يخفى عليك عدم وضوح الامر في
الوقف بحيث يعد المعاطاة فيه من قبيل ما نشأ من عدم المبالاة بالدين وثانيهما
صدق اسم كل عنوان من عناوين العقود على المعاطاة التي تقوم مقامه كالبيع والاجارة
ونحوهما وان لم يصدق على المعاطاة اسم العقد فتشملها ادلته بل يمكن ان يقال ان
المعاطاة تصير لازمة فيما اذا قامت مقام عقد لازم كما عرفت في البيع من ان مقتضى الاصل هو
اللزوم ما لم يقم اجماع على خلافه فعلى هذا لا اشكال في صحة المعاطاة في مثل الرهن والقرض والوقف
والابراء ولزومها الا ان الثلثة الاخيرة لا يمكن فيها الجواز والاول اعني الرهن وان كان
يمكن جواز الرجوع فيه الا انه ينافي التوثيق الذي شرع لاجله الرهن لاجله والحاصل
وان قلنا بالجواز في المعاطاة الا انه يتعين اللزوم في الاربعة المذكورة لما عرفت ثالثها
ما عن المدرر وسعى من الاحتجاج لاحتمال حصول الملك في معاطاة الهبة المتحققة بمجرد الفعل
بان الهدايا قد كانت تحمل اليه ص ولم ينقل انه ص راعى العقد فيها ويبعد حمله على الاباحة
لانه ص كان يتصرف فيها تصرف الملاك لكن هذا اخص من المدعى فثبوتها في الهبة
لا يقتضي ثبوتها في غيرها مضافا الى انه يمكن ان يدعى ان باب الهدية عنوان برأسه
في الشرع وقد تصدى بعض المعاصرين ايده الله تعالى لرد الاستدلال بانه لم يثبت ان
النبي ص تصرف في الهدايا من اول الامر تصرف الملاك وانه لا يخلو عن وجه وفي مقام
المزاحمة الا ان الحق حصول الطمأنينة بتصرفه ص فيها كذلك ويكشف عنه استقرار سيرة
الناس في الاعصار والامصار من كافة العلماء وغيرهم في خصوص الهدايا على ذلك
ووسوسة بعض المعاصرين في اعتبار مثل هذه السيرة كما نرى رابعها ما في كلام المحقق

من اسناد ذلك الى ظاهر الاصحاب في الاجارة والهبة وما في كلام الشهيد الثاني قدس سره من دعوى
اطباق الاصحاب في الاجارة وان كان ما في كلام هذين العلمين ره من الاسناد انما هو في
باب الحكاية عن دعوى بعض الاصحاب اسناده اليهم وقد ناقش فيه المصنف بما في المتن
مضافا الى كونه في كلام الشهيد الثاني ره اتفاقا منقولا وفي كلام المحقق الثاني ره اتفاقا
ظنيا منقولا فافهم ثم ان منها عدم القول بالفصل بين البيع وغيره وبالجملة فيه تتمة الكلام
والعمدة فيهما الوجهان الاولان وما عداهما ان تم كان من قبيل المؤيد هذا واعلم ان المحقق
الثاني ره نظم جهة التفصيل بين معاطاة البيع والقرض بافادتها في الاول الملك دون
الثاني وان لم تفد فيه سوى الاباحة قال في جامع المقاصد عند قول العلامة ره في باب
القرض ولا بد منه من ايجاب صادر عن اهله الى قوله وقبول وهو ما دل على الرضا وكذا في خلاف
ظاهر عبارته انه لا بد من الايجاب والقبول وعبارة التذكرة ادل على ذلك وقد علمت انه
قد سبق في البيع الاكتفاء بالمعاطاة التي هي عبارة عن الاخذ والعطاء وان انتفى العقد
اللازم بالايجاب والقبول الفعليين فحقه ان يكتفي بها هنا بطريق اولى ثم قال
وليس ببعيد ان يقال انتقال الملك الى المقترض بمجرد القبض موقوف على هذا
الا اباحة التصرف اذا دلت القرائن على ارادتها انتهى وقال في المحكي عن جمع العقود
في القرض انه لا يكفي الدفع على جهة القرض من غير لفظ في حصول الملك نعم يكون ذلك
في القرض كالمعاطاة في البيع فيثمر اباحة التصرف فاذا تلف العين وجب العوض في
الذي يحتاج اليه النظر ان المعاطاة في البيع تثمر ملكا متزلزلا ويستقر بذهاب احدى
العينين او بعضها مقتضى هذا ان النماء الحاصل في المبيع قبل تلف شيء من العينين يجب
ان يكون للمشتري بخلاف الدفع للقرض فانه لا يثمر الا محض الاذن في التصرف
والاباحة فيجب ان يكون نماء العين للمقرض لبقائها على الملك انتهى ولا يخفى ما فيه من الغرابة
فوا اسفا وظاهر المحكي عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع وغيره حيث قال في باب

الرهن

هنا
الرهن ان الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب عليه المذكور في البيع آت
انتهى اقول يحتمل ان الخلاف الواقع في البيع في الرهن وان كان اعم منه لانه يكون كل
قال به في البيع يقول بها في الرهن والمانع عنها في البيع يمنع عنها وقد يتصور بان
يقع الخلاف في جريان المعاطاة في البيع فيقول جماعة بجريانها فيه واخرى بعدم جريانها
فيه ثم يختلف الجماعة الاولى فيقول طائفة منهم بجريان المعاطاة في الرهن واخرى
بعدم جريانها فيه فيطلع التصوير الاول وان كان يتحقق عدم القول بالفصل الا انه
على التصوير الثاني لا يصح ان يقال ان كل من قال بجريان المعاطاة في البيع قال
بجريانها في الرهن لتصل الجماعة الاخرى من القائلين بجريانها في البيع الى عدم جريانها
في الرهن فالحاصل ان كلام العلامة ره مسوق لبيان جريان الخلاف في المقامين
لا لبيان ان القائل بالجريان في البيع هو القائل بجريانها في الرهن وان المانع منه فيه هو
المانع في الرهن والذي يجدي في ثبوت عدم القول بالفصل انما هو الثاني دون الاول
هذا وقد يرد بعض المعاصرين بالمنع من دلالة كلام العلامة ره على عدم القول بالفصل
بوجه اخر وهو ان الظاهر ان غرض التذكرة انما هو الاشارة الى الخلاف في الاكتفاء
بها في صحة البيع ولزومه وعدمهما على نحو خلاف المفيد ره مع المشهور اذ لا اشكال ان لها
في كتاب البيع الى الخلاف المعروف فيها بين المتاخرين مضمونها مع عدم اللزوم من جهة
هو الملك المتزلزل كما اشتهر بين الكركي ومن تاخر عنه مع ان هذا الخلاف غير جار في الرهن
قطعا انتهى قوله لكنه استشكله في محكي جامع المقاصد بان البيع ثبت فيه حكم المعاطاة
بالاجماع بخلاف ما هنا قال المعاصر المذكور بعد الايراد الذي حكيناه عنه ولا حاجة
في منع دلالة كلام التذكرة على عدم القول بالفصل من اشكال الرابع في البيع فقد ثبت
فيه حكم المعاطاة بالاجماع بخلافه في الرهن بل لا وقع له بعد حكاية المختلف جريان
الخلاف فيه الى اكثر العلماء في البيع المعاوضة التي سعة فيه في الجملة عندهم بخلاف

البيع كما هو واضح لوضوح منع الصدق العرفي عليها حقيقة حتى في البيع وان كان قد يطلق
عليها من المسامحين بالشرع من ثبوتها بينهم حتى انه بما تبعهم عن المتسامح به الفقه ولعله هو الذي
اوقع الكركي ره واتباعه في الحكم من الملك كما قيل اقول لا ريب في ان الخلاف في معاطاة البيع انما هو
راجع الى الكيفية بمعنى ان المعاطاة هل تفيد الاباحة او الملك اللازم كما هو مقتضى الخلاف في الخلاف
بين المفيد قده وغيره او الملك المتزلزل كما هو مذهب المحقق الثاني ره واما الخلاف في اصل جريان
المعاطاة في البيع فهو امر غير واقع بل الكل متفقون على صحتها في البيع ولم يقل بانها بيع فاسد
سوى العلامة ره في محكي النهاية وقد رجع عنه في كتبه المتأخرة عنها فالجميع متفقون
على جريان المعاطاة في البيع وان اختلفوا بعد ذلك في الكيفية وقد عرفت ان المعاصر المذكور
بان الخلاف الذي ذكره في المتن كذا اشارة الى الخلاف الواقع في بين المفيد قده وغيره وعلى هذا
يكون ما ذكره المحقق المذكور ره من ان حكم المعاطاة قد ثبت في البيع بالاجماع في محله فيصير
معنى قول العلامة في التذكرة ان الخلاف الواقع في كيفية المعاطاة من حيث افادتها الملك
او الاباحة يجري في الرهن ولا يكون جريانه الا بان يكون مقتضاه ان المعاطاة هل
تفيد الاباحة او السلطنة الحاصلة من صيغة الرهن بحيث لا يقدر الراهن على رفعها
كما هو مقتضى لزومه من جهته وح يتجه اعتراض المحقق المذكور ره على العلامة ره بان
جريان الخلاف في الكيفية فرع جريان المعاطاة في البيع مثلا وقع الخلاف في كيفيته واما
الرهن فلم يقم اجماع على جريان المعاطاة فيه حتى يجري الخلاف في كيفياتها كيفيتها من
حيث افادتها الاباحة او غيرها ويظهر سقوط ما ذكره المعاصر المذكور من انه لا وقع
لدعوى المحقق المذكور الاجماع في البيع بعد حكاية الفاضل جريان الخلاف في البيع ايضا
ضرورة ان مورد الاجماع الذي ادعاه المحقق المذكور ره غير مورد الخلاف الذي نقله
العلامة ره هنا لان الضمير المجرور في قوله لا وقع له عايد الى الاجماع والضمير المجرور
في قوله جريان الخلاف فيه ايضا عايد الى البيع وان كان الضمير الاول عايدا الى

والضمير

والضمير الثاني عايدا الى الرهن فيصير المعنى انه لا وقع لاشكال المحقق الثاني ره بعد حكاية الفاضل
جريان الخلاف في الرهن ايضا لكان لا وجه لتسليم دلالة كلام العلامة ره بعد ما بيناه من معنى الخلاف
والوفاق على الاجماع على اصل جريان المعاطاة في الرهن وكونه مثل المساقاة ووقع الخلاف في
كيفيته من الاباحة او اللزوم فيكون ما هو اولى بكلام العلامة ره ما هو اقوى مما استظهره المصنف ره
منه من عدم القول بالفصل وبما ذكرنا ظهر ما في توجيه المصنف ره لاشكال المحقق المذكور بقوله
ولعل وجه الاشكال عدم تمامية المعاطاة بالاجماع في الرهن على النحو الذي اجروها في البيع
وذلك لما عرفت من ظهور عبارته ره فيما ذكرناه بحيث يعلم بعد الالتفات اليه انه لا مساس لما ذكره
المصنف ره بما افاده قوله تعالى فتأمل لعله اشارة الى ضعف ما ذكره ره من عدم معروفية الخلاف في
الوقف عن الشارع من جهة ان الجزئيات لا تتوقف على الشارع فكيف فجوازه هنا ما الخلاف
بل يشهد لكونه متفقا عليه بينهم من توقف لزوم العقد على اللفظ فانه انضم الى ذلك ما دل على
صحة الوقف بغير لفظ كما مر فتحصل من انضمامهما كون الوقف بغير لفظ صحيحا غير لازم
الامر السادس قوله تعالى ومرجعها المعاطاة على كل من القول بالملك والقول بالاباحة الى اشكال
في انه يعرض المعاطاة اللزوم في الجملة وقد صرح كثير منهم بان المعاطاة يعرضها اللزوم حتى على القول
بافادتها الاباحة بل هو مما نفى الخلاف والاشكال عنه مع تلف العوضين كما عن الحدائق
وغيرها وعن شرح القواعد انه لا ريب ولا خلاف في ان تلف العوضين التلف الحقيقي او الشرعي
بالنقل اللازم للعوضين معا موجب له واحتمال العدم والشرعي في حكم العدم قوله تعالى اعلم
ان الاصل على القول بالملك اللزوم ذكر بعض من تأخر انه قد تعارف بينهم ان الاصل في
كل عقد وما عقد اصالة اللزوم وان توضيح ذلك انه يتصور الشك الذي هو موضوع الاصل
المذكور على صور ثلث الاولى ان يشك في ان العقد الفلاني او ما هو غير المعاطاة
مثلا هل هو موضوع على اللزوم او الجواز الثانية ان يشك في لزومه وجوازه بعد ثبوت
لزومه يؤول الى انه باق على لزومه او طرأ عليه الجواز الثالثة ان يشك في لزومه وجوازه

ط كالمعاطاة مثله منه دام مجده

بعد ثبوت جوازه كالمعاطاة بعد تلف احد العوضين او التصرف الناقل لا اشكال في ان مقتضى
الاصل في الصورة الاولى هو اللزوم ويدل عليه وجوه الاول الاجماع الثاني استصحاب
بقاء الاثر الحاصل من العقد او ما هو بمنزلته الثالث قاعدة السلطنة الرابع قوله عم لا يحل
مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه الخامس قوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل السادس
قوله عم البيّعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا وجب البيع السابع قوله تعالى اوفوا بالعقود الثامن
قوله عم المؤمنون عند شروطهم بناء على تعميمه بالنسبة الى نفس العقود [illegible] التاسع قوله تعالى
احل الله البيع بناء على دلالته على اللزوم بتقريب ان الله تعالى احله على الوجه الذي كان
مقررا من انضمامه باللزوم عند الناس ولا يخفى عليك انحصار جميع الوجوه المذكورة
مختصة على ما اذا كان متعلق المعاملة التي هي العقد او ما هو بمنزلته من قبيل الاموال والا جرى
بعضها دون بعض فتدبر واما الصورة الثانية فحكمها حكم الصورة السابقة ويجري
فيها الوجوه المذكورة واما الصورة الثالثة فقد ذكر فيها ما افاده المصنف في المتن من ان الاصل
على القول بالملك هو اللزوم وعلى القول بالاباحة هو عدم اللزوم قوله [illegible] لما عرفت من
الوجوه الثمانية المتقدمة اشار بها الى الوجوه التي ذكرها بعد تقوية القول بالملك للزوم
من الاستصحاب وعموم قولهم عم الناس مسلطون على اموالهم قوله عم الناس مسلطون
على اموالهم وقوله عم لا يحل مال امرئ الا عن طيب نفسه والاستثناء في قوله تعالى ولا تأكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض والجملة المستثنى منها في الاية المذكورة
بتقريب ما تقدم ذكره وقوله عم البيعان بالخيار الخ وقوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله عليه
المؤمنون عند شروطهم قوله [illegible] وهي حاكمة على اصالة بقاء الاباحة الثابتة قبل رجوع
المالك لو سلم جريانها وجه المنع من جريانها هو ان الاباحة بمعنى المصدر المبني للمفعول
الذي هو صفة المباح اثر امر قائم بنفس المبيح وهو الاباحة بمعنى المصدر المبني للفاعل
فتنتفع بانتفاء ذلك الامر هنا ولكن لا يخفى ان ذلك انما يتم بناء على كون الاباحة مالكية

واما ان قلنا بان محل النزاع هو ما لو قصد المتعاطيان الملك لكن الشارع انما رتب الاباحة فاذا
شك في ارتفاع تلك الاباحة برجوع المالك استصحب بقاؤها ويكون الشك من جهة الرافع
الذي هو رجوع المالك بمعنى الشك في رافعية الشيء الموجود وهو حجة لمن يقول بجريان الاستصحاب
عند الشك في الرافع ايضا وان لم يقل به عند الشك في المقتضي ويمكن ان يقال ان المصنف قوله
لو سلم اشارة الى تضعيف جريان استصحاب بقاء الاباحة بالقول بكون الاباحة من جانب الشرع
دون المالك لعدم جريانه بناء على تقدير كونها من جانب المالك فتدبر قوله [illegible] وتوهم
جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع بما سيجيء من قوله والتمسك بعموم على اليد هنا في غير محله
بعد القطع بان هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان بل ولا بعده اذا بنى مالك العين
الموجودة على امضاء المعاطاة ولم يرد الرجوع انما الكلام في الضمان اذا اراد الرجوع وليس هذا من مقتضى
اليد قطعا هنا وقد اورد عليه بان منع جريان قاعدة اليد هنا مناف لما تقدم منه من التمسك
بها في [illegible] توضيحه في ذيل قوله والتمسك بعموم على اليد هنا في غير محله انه تم قوله [illegible] واما
على القول بالملك فلما عرفت من اصالة اللزوم لان الاولى انه تمسك هنا بالاولوية لكون
اللزوم على تقدير صيرورة كل من العوضين ملك قابضه اولى منه على تقدير بقائه
ملك دافعه وصيرورته مباحا للقابض وذلك لان مقتضى دليل اللزوم على القول بالاباحة
هو فوات كل من المالين من كيس دافعه من دون ضمان على قابضه ومقتضى هنا
فوات محل الرجوع وعدم بقاء مجال له وهو معنى اللزوم ولا ريب ان فوات محل الرجوع
من الدافع على تقدير انتقال كل من العوضين الى قابضه وكون فوات كل منهما او تلفه
من كيس القابض اولى بتفويت محل الرجوع من كل منهما على الاخر وقد تلف العوضان
جميعا وتلف كل منهما من كيس قابضه الذي هو المالك فلا يبقى محل للرجوع من احدهما
على الاخر فتدبر واحتج في ذلك للزوم بتلف العينين بوجه اخر حيث قال ويجري الرجوع
في المعاطاة ما دامت العينان باقية فاذا ذهبت لزمت اما جواز النقض فلامرين تسلط كل منهما

الاخر على ما دفعه اليه واذن له فيه ولا معنى لاباحة التصرف الا ذلك واما لزومها مع التلف
فلرضاهما بكون ما اخذ كل منهما عوضا عما دفعه فاذا تلف ما دفعه كان مضمونا عليه الا انه تدارك
بكون عوضه هو ما بيده فان كان ناقصا فقد رضي به وان كان زائدا فقد رضي به الدافع فيكون
ما الى دفع المدين عوضا عما في ذمته ورضي به صاحب الدين ثم قال وفيه نظر اقول وجه النظر
لم يحدث للمالكين العينين بعد تلف كل منهما عند الاخر رضا جديد بل كثيرا ما لا يطلع كل منهما على
تلف ما دفعه الى صاحبه من العوض عنده ولا يلتفت ولا يخطر بباله فليس هناك الا الرضا
الحاصل في حال دفع كل منهما ماله الى الاخر وذلك الرضا ليس موجبا للزوم لترتب على المعاطاة
من اول الامر يتوقف على تلف العينين وذكر بعض المعاصرين في بعد تقريب وجه النظر ما لفظه
لعله مع كونه انما يتم على الاباحة ومع منافاته للجزم بعد ذلك بتحقق الملك فيهما لمنع كون الرضا
موجبا للملك نعم قد يكون موجبا لعدم الضمان ولو للشك في شمول دليله لذلك
كما لا حظ وقد جاء تحقق ولا يخفى على من له خبرة بدقة لحاظ الوجه ما ذكرناه في اسس
والمتيقن من مخالفتها جواز ترادّ العينين وحيث ارتفع مورد الترادّ امتنع ولم يثبت
قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتى يستصحب بعد التلف لان ذلك
الجواز من عوارض العقد لا العوضين فلا مانع من بقائه بل لا دليل على ارتفاعه بعد
تلفهما بخلاف ما نحن فيه فان الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين نظير جواز الرجوع في
العين الموهوبة فلا يبقى بعد التلف متعلق الجواز بل الجواز هنا متعلق بموضوع الترادّ
لا مطلق الرجوع الثابت في الهبة هذا اعترضه بعض من تأخر بان منع جريان الاستصحاب
هنا استنادا الى ان موضوع جواز الرجوع انما هو الترادّ المتوقف على بقاء العينين
له من جهة عدم صحة المستند اذ لا دليل على ان موضوع جواز الرجوع انما هو الترادّ بل
الظاهر ان موضوعه نفس المعاملة التي هي المعاطاة كما في العقد الخياري فان حق الفسخ
هناك من احكام نفس العقد ولهذا يجوز الفسخ في مواضع لا يبقى فيها العين فيرجع

بعد

بعد الفسخ الى بدلها فكذا الحال هنا الا ان يجمع عنهم عن بعض المتأخرين الميل اليه هنا ولعله قد مر الاحتمال
فلا يتعين كون موضوع جواز الرجوع هو الترادّ حتى يترتب عليه المنع من جريان الاستصحاب
من جهة انتفاء موضوعه ثم ان ذلك البعض قال نعم يصح منع جريان الاستصحاب استنادا الى ما ذكره
المصنف من ان الشك في ان متعلق الجواز هل هو اصالة المعاملة او الرجوع في العين او ترادّ
العينين يمنع من استصحابه لعدم احراز الموضوع لكنه اورد على ذلك المصنف بانه انما يتم منع
الاستصحاب من جهة احتمال الشك المذكور لو بنينا في الاستصحاب على المداقة في عدم جريانه الا عند
الشك في المانع واما لو بنينا فيه على المسامحة والرجوع في موضوعه الى العرف كما هو المشهور فلا
مانع من جريانه هنا لان الامر فيه كما في انواع الخيار في كونه في بابه ينفع بانقضاء
اوله زمان يمكن فيه الفسخ او كونه باقيا بعد ذلك انتهى ولا يخفى عليك سقوط ما
ماذكره من الاعتراض على مستند منع الاستصحاب من منع كون موضوع جواز الرجوع هو
الترادّ وطالبته الدليل على ذلك فلان المصنف لم يدع ذلك على وجه الحكم والجزم حتى يطالب
بالدليل وانما جعله القدر المتيقن من حيث انه ثبت شرعا جواز الرجوع في العين لكن
لم يعلم ان ذلك الجواز مقيد ببقاء العينين وان المناط او انه غير مقيد بذلك وان المناط انما هو
نفس المعاملة التي هي المعاطاة حتى يجوز الفسخ والرجوع حتى بعد تلف العينين غاية
ما في الباب انه عند تلفهما يؤخذ بدلهما ومعلوم ان القدر المتيقن ح انما هو ثبوت جواز
الرجوع عند بقاء العينين وانه لا مجال لجريان الاستصحاب نظرا الى القدر المتيقن لا لكون
لانتفاء الموضوع ومنشأ الشك كون موضوع جواز الرجوع هو الترادّ او نفس المعاطاة هو
تقييد الجماعة جواز الرجوع بقولهم ما دامت العين باقية الظاهر في ان متعلق جواز الرجوع
هو بقاء العينين المحصل للترادّ واما ما ذكره من الاعتراض على كون الشك في الموضوع
موجبا لعدم جريان الاستصحاب من ان ذلك انما يتم لو بنينا على المداقة وعدم جريان
الاستصحاب الا عند الشك في المانع ولا يتم على المذهب المشهور فلان مذهب المصنف انما هو

الاول وقد جرى على مقتضاه بعض من تأخر عنه صاحب مذهب مخالفة مسلكهم لمسلك
غيره وهو واضح هذا ثم انى وجدت في كلام بعض المعاصرين انه قال بعد نقل كلام المصنف ان
المانع مستظهر بالنسبة الى كون متعلق الجواز هو خصوص الترادّ اذ لا شاهد عليه مع
مباينته لنفس المعاملة وان لزم من جوازها جوازه مع ان ظاهر عبارة الكركي ره يخص ها
التي هي الاصل في القول بالملك بعد كون الجواز لنفس المعاملة وانما انزم بالتلف وح فالحكم
بقائه بعد التلف على نحو الخيارات لا ما قال ليس بعض من تأخر انتهى وقد علم مما ذكرنا سابقا
ما ذكره اولا من مطالبة الشاهد على كون متعلق الجواز هو خصوص التراد واما ما ذكره من
ظهور عبارة الكركي في كون الجواز ثابتا لنفس المعاملة فيتجه عليه ان عبارته لا تساعد فيها
بما ادعاه من ثبوت الجواز لنفس المعاملة اصلا لكن ظاهر فيما ذكره المصنف قال في جامع
في ذيل الكلام على المعاطاة على ما نقله يجوز الترادّ ما دام ممكنا فمع تلف احدى العينين
يمتنع الترادّ فيتحقق اللزوم لان احديهما في مقابل الاخرى ويكفي تلف بعض احدى
العينين لامتناع الترادّ في الباقي اذ هو موجب لتبعض الصفقة وللضرر ولان
المطلوب هو كون احديهما في مقابلة الاخرى انتهى فوكسى(?) فان المتيقن تعلقه
بالترادّ اذا كان المتيقن ذلك من طرفي الشك وحصل الشك في تعلق الجواز بغير ما يمكن
فيه التراد لم يصح استصحابه لعدم تحقق الموضوع اما المتيقن منها فلعدم احتياجها الى
الاستصحاب واما غيره فلعدم تحقق الموضوع المتيقن سابقا ثم ان البحث عن افادة تلف
العينين او احديهما او غير ذلك مما ستعرفه للزوم يجري على القول بالملك الذي لا
كما يجري على القول بالاباحة فهي مما اختلف فيه ارباب كل من القولين ولكن وقع
الخلاف على القول بالاباحة في كونها متصفة بجريانه في افادة اللزوم وفي كونه مفيدا للملك
فقد يقال بان التلف واحتماله غير مملكة على ذلك القول وانما هي ملزمة بمعنى تعذر الرد
عقلا او شرعا وانما ملزمة تعبدا وان كان من العينين باقيا على ملك مالكه فتكون من الاباحة

اللازمة ومنها ما استظهره المصنف في ذيل التنبيه السابع من حواشي الشهيد ره ولكن في الك والروضة
وغيرهما انها مفيدة للملك لانه قال في ك انه على تقدير لزومها بتلف المعاطاة باحد الوجوه
المذكورة فهل يصير بيعا او معاوضة براسها احتمالان فلو قلنا مفيدة للملك مسلم وانما وقع التردد
في صيرورتها بيعا او معاوضة مستقلة ومثله في حق الروضة انتهى محل الكلام ذلك فافهم العين
فوكسى ومنه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين او بعضها على القول بالملك وذلك
لما عرفت من ان تمام موضوع الترادّ الذي لا يمكن تحققه الا ببقاء العينين جميعا اعلم
ان المصنف ره لما بين حكم تلف العينين اشار الى حكم تلف احدى العينين او بعضها
فهنا مسئلتان الاولى حكم تلف احدى العينين والاظهر بين عامة المتاخرين كما في تعليق
الارشاد الاكتفاء في تحقق ملك الاخرى على العين الباقية بل لا يعرف خلاف فيه ذلك كما اعترف
به بعضهم بل هو ظاهر الكفاية نسبته الى الاصحاب قال في ك بعد ذكر حكم تلف العينين معا
ولو تلف احديهما خاصة فقد صرح جماعة بالاكتفاء به في تحقق ملك الاخرى نظرا الى ما تقدم
من جعل الباقي عوضا عن التالف لتراضيهما على ذلك ويحتمل هنا العدم التفاتا الى اصالة
بقاء الملك لمالكه وعموم الناس مسلطون على اموالهم والاول اقوى فان من بيده
المال مستحق قد ظفر بمثل حقه باذن مستحقه فيملكه وان كان مغايرا له في الجنس و
الوصف لتراضيهما على ذلك انتهى وفيه ان مجرد الظفر بمثل الحق بالمعنى الذي في
كلامه وهو كونه مساويا بالمالية في المقدار وان كان مغايرا في الجنس والوصف لا يوجب
صيرورة ذلك المماثل ملكا له بل ذلك هو الحال في المتفق في الجنس والوصف ايضا
اذ الغالب ان صاحب المال لا يطلع على تلف ماله بل لا يلتفت الى ذلك حتى ياخذ ما في
يده من باب المقاصة بل المفروض انما هو صورة عدم قصد المقاصة وكون نفس تلف
احدى العينين علة واما ما ذكره في ذيل الكلام من التعليل بتراضيهما على ذلك فهو
ايضا غير واف باثبات المطلوب ضرورة انه لا يصح ان يراد به التراضي المتعقب للتلف

[illegible]

فلابد فان يراد به التراضي في اصل المعاطاة والمبادلة عوضا لو كان صالحا للتمليك كما لا بد
حصوله به من اول الامر منه وبحاجة الى التلف لكن هذا انما يرد لو اريد تراضيهما
على ذلك تراضيهما بالعوض ولو اريد تراضيهما على صيرورة الباقي من مال كل منهما عوضا
عن التالف منهما لو تلف فحينئذ يصير مقصود المتعاطيين عند القائل بافادة المعاطاة
للاباحة قصدهما الى اباحة تصرف كل منهما فيما انتقل من مال الاخر ما دامت العينان
باقيتين وكون الباقية عوضا عن التالفة لو تلفت احديهما وكون كل منهما عوضا
عن الاخرى لو تلفتا جميعا ارتفع الاشكال الا ان الكلام ح يبقى في كون مقصود
القائل بالاباحة ذلك وظاهر كلامه ره توجيه التمليك بتلف احدى العينين على مذهب
القائلين بافادة المعاطاة للاباحة ثم على تقدير كون مقصودهم ذلك يصير هذا
مبعدا لما صرح به من عدم قصد المتعاطيين الى الترتب المذكور ثم المسئلة الثانية
في بيان حكم تلف بعض احدى العينين وقد عرفت من عبارته في المقاصد المتقدم
ذكرها ان ذلك يكفي في اللزوم وحكى مثله عن صيغ العقود وتعليق الارشاد
وفي الروضة في شرح قول الشهيد ره ويجوز الرجوع فيها مع بقاء العين عدمه
مع ذهابها وهو كذلك وفي حكمه تلف العينين واحديهما او بعض كل واحدة منهما
الى اخرها انتهى وقطع بذلك بعض الاساطين ره في شرح القواعد وجعل المحقق
الثاني ره مستند اللزوم في هذه المسئلة هو كون تحقق الرجوع مشروطا بامكان التراد كما
في المسئلة الاولى وكما كان امتناع التراد مع تلف تمام احدى العينين كما هو موضوع
هذه المسئلة لامكان التراد بان يرد من تلف بعض ما عنده البعض الباقي ويسترد
من عنده العين الباقية ولهذا تعرض لتوجيه امتناع التراد في الفرض المتقدم ذكرها
تعليله بقوله اذ هو موجب لتبعض الصفقة وللضرر وجعل في شرح القواعد الجواز
مشروطا بامكان الرد وبالخلو عن الضرر المنفي واستند في ذلك الى السيرة القطعية

قال ره

قال ره انا نعلم من تتبع كلمات القوم والنظر الى السيرة القاطعة ان الجواز مشروط بامكان
الرد وبالخلو عن الضرر المنفي بحديث الضرار فلو تلف كلا او بعضا منه او من توابعه نقص فيه من
او منفعة وركوب او سكنى او حرث او تحول في محل ونحوها او بيع او اجارة او نار غرم او مصالحة
ونحوها على وجه لا يمكن فسخها شرعا او بالاتلاف او تلف سماوي تعذر الرد ولم يتحقق
ولو حصل تلف في البعض امتنع ايضا مع حصول الضرر بالتبعيض وتغير الصورة بطحن
او تفصيل او خياطة او صبغ ونحوها او دخل تحت الرد جاء ثبوت الضرر على الثاني بتبدل
الاوصاف واختلاف الرغبات نعم لو بقي الشيء على حاله او زاده حسنا بصقل او اخراج
غبار او ازالة وسخ ونحوها لم يكن فيه ذلك انتهى واستدل بان كون الجواز مشروطا
بامكان الرد مما لا سبيل الى استفادته من السيرة واثباته بها واما الضرر فقد نافى
في الشهيد الثاني ره بعد نقل الاستدلال به عن بعضهم وتعليله بان المطلوب هو
كون احديهما في مقابل الاخرى فقال وفيه نظر فان تبعض الصفقة لا يوجب بطلان
اصل المعاوضة بل غايته جواز فسخ الاخرى فيرجع الى المثل والقيمة كما في نظائره واما الضرر
الحاصل من التبعيض فمنافي لمقصودهما من جعل احديهما في مقابلة الاخرى فيستند
الى تقصيرهما في التحفظ بايجاب البيع كما لو تبايعا بيعا فاسدا ويحتمل ح ان يلزم
من العين الاخرى في مقابلة التالف ويبقى الباقي على اصل الاباحة بدلالة ما قلناه
انتهى وفي كلام بعض المعاصرين معترضا على ما عرفته من شرح القواعد تبعا للفاضل
ان حديث الضرار لو قضى بذلك لقضى به في الخيار لعدم الفرق بينهما كما قيل ودعوى
الاجماع على الفرق بينهما على الملك ما لا ينبغي الالتفات اليها انتهى وهو محال ما في
ذلك هنا وقد يلاحظ الحال بالنسبة الى القولين حتى في المعاطاة من افادتها الملك او الاباحة
فيقال بان المتجه على القول بها انما هو انه يلزم من العين الاخرى في مقابلة التالف ويبقى
الباقي على اصل الاباحة واما على القول بافادتها الملك فوجهها كما نظيره كما مر في تلف احديهما

لصدق الفرق بينهما من جهة امتناع التراد هناك وجدانا بخلافه هنا وح فليس لمن عنده
الجميع رده واخذ الباقي من الاخر وعوض التالف منه وان كان له رده واخذ الباقي منه
خاصة على الاظهر واما من عنده الباقي منهم فله رده واخذ ما قابله خاصة من الاخر وان كان
في المسلمين ج٢ الاحوط عدم الرجوع مطلقا واذ قد عرفت ذلك كله فنقول ان المصرح به انهم لاحظوا الحال
الفعلية في المعاطاة لكن على وجه اخر وهو انه على القول بافادة المعاطاة للملك فالاصل
هو اللزوم والقدر المتيقن من خلافها انما هو ما لو امكن تراد العينين على وجه الكمال
فيرجع في المشكوك حاله الى اصالة اللزوم وترادهما في مفروض المسئلتين غير ممكن
اما في الاولى فلانتفاء احدى العينين راسا واما في الثانية فلانتفاء بعضها المانع
من الرد على وجه الكمال واما على القول بالاباحة فقد حكي عن ح اولا عن بعض مشايخه
اصالة عدم اللزوم لاصالة بقاء سلطنة المالك العين الموجودة وملكه لها ثم اعترض
عليه بان اصالة بقاء سلطنة المالك معارضة باصالة براءة ذمته عن مثل التالف او قيمته
اذ لو رجع الى ماله لزم اداء مثل التالف او قيمته ولا يجوز له اخذ مال الناس مجانا الا انه
جمع بين العوضين وموجب للضرر على صاحبه واكل المال بالباطل عرفا لان هذه الاباحة
معاوضية لا مجانية فلا سبيل له الى الرجوع فيه وانه كان نحو الاباحة صلوح المنفعة
بالنسبة اليه على نحو العارية اللازمة وشبهها بل ربما قيل بان الرجوع به مناف لمقتضى
المعاوضة فان مقتضاها ضمان عليه بالعوض المسمى ثم استشعر اعتراضا بان اصالة
البراءة تندفع بعموم قوله ع على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهو دليل اجتهادي
فيفيد ان من تلف بيده العين التالفة يلزم اداؤها بعد اداء عوضها والخروج
عن عهدتها بالمثل او القيمة فاجاب بان اليد تلحظ بالنظر الى اربعة احوال
ما قبل تلف العين وما بعده اذا كان مالك العين الموجودة باقيا على رضا المعاطاة
وما بعده اذا كان عازما على الرجوع ولو من جهة عدم الالتفات وما بعده اذا اراد

الرجوع والبدء في الاحوال الثلثة الاول ليست يد ضمان بلا تامل ولا اشكال انما الكلام في كونها
يد ضمان في الرابع وليس الضمان في هذا الحال من مقتضى اليد وانما هو من مقتضى ارادة
الرجوع والانتقال بدون ارادة الرجوع لعدم تخلف المعلول عن العلة فافهم ثم انه ره
علق على ما اورد عليه بعض مشايخه الى ما يوافقه فقال انه يمكن ان يقال ان اصالة بقاء السلطنة حاكمة
على اصالة عدم الضمان بالمثل والقيمة فيكون صاحب العين الموجودة على القول بالاباحة
كما هو المفروض مسلطا على اخذها واخذ قيمته مثل التالف او قيمته ثم انه ره زاد على ذلك فافاد
ان اصالة عدم الضمان منقطعة بالعلم بضمان التالف بيده في الجملة والشك انما هو في
تعيين البدل وانه هنا عبارة عن المسمى او عن المثل والقيمة ولا يجري الاصل في تعيين
الحادث ولا اصل في المقام فيبقى اصالة بقاء السلطنة سليمة عن المعارض ثم انه زاد
على ذلك فافاد ان الحاجة الى اجراء بقاء السلطنة بالاصل يغني استصحابها لقيام الدليل
الاجتهادي على ذلك وهو عموم قوله ع الناس مسلطون على اموالهم فانه بنفسه ناهض
باثبات السلطنة على المال الموجود باخذه وعلى المال التالف باخذ بدله الحقيقي وهو المثل
او القيمة فيثبت به جواز الرجوع من الطرفين هذا وقد اورد على المصرة بوجوه احدها
ما اورده بعض محققي ناصر وهو انه قد ذكروا انه لو فسخ من له الخيار بخياره والعين باقية
اخذها صاحبها مضمونة حتى ان ظاهرهم انه لو اجري فيها صاحبها بعد الفسخ بلا فصل
كان ضمانها عليه في يده وح نقول ان الدليل على ذلك هو قاعدة اليد المستفادة من
قوله ع على اليد ما اخذت حتى تؤدي والحال انه قبل ذلك لم تكن يده على العين يد ضمان
اعني الضمان الحقيقي الذي هو الضمان بالمثل والقيمة وان كان ضمان المعاوضة
موجودا فعلم انه لا منافاة بين انتفاء الضمان سابقا وثبوته لاحقا وانه يجري عموم قوله ع على اليد
ما اخذت بالنسبة الى الحال الذي وجد فيه موجبه ومصداقه وان لم يكن موجبا سابقا
فنقول مثل ذلك فيما نحن فيه ايضا وانه يجب ان عموم على اليد ما اخذت يختلف بحسب الاحوال

فحيث وجد له مورد توجه شموله له وان لم يكن قبل ذلك موجودا فيتجه على الصورة المؤاخذة
من حيث دعوى القطع بان الضمان بعد الرجوع هنا ليس من مقتضى اليد فافهم وثانيا
ما اورده بعض متأخري المتأخرين من انه مناف لما ذكره في الرد على شارح القواعد حيث جمع بين
عموم على اليد والاجماع على كون التلف من مال المالك والاستصحاب [illegible] هناك واما كون التلف
من مال كل الجانبين فان ثبت باجماع او سيرة كما هو الظاهر كان كل منهما مالكا لما في يده مضمونا بعوض فيكون
تلفه في يد كل منهما من ماله مضمونا بعوضه نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البايع لان
هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الاجماع وبين عموم على اليد ما اخذت وبين اصالة عدم
الملك الا في الزمان المتيقن بوقوعه فيه توضيحه ان الاجماع لما دل على عدم ضمانه بمثله
او قيمته حكم بكون التلف من مال ذي اليد رعاية لعموم على اليد ما اخذت فذلك الاجماع
مع العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة في ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه فاذا
قدر التلف من مال ذي اليد فلا بد من ان يقدر في اخر ازمنة امكان تقديره رعاية
لاصالة عدم حدوث الملكية قبله كما يقدر ملكية المبيع للبايع وفسخ البيع من
حين التلف استصحابا لاثر العقد انتهى وثالثهما ما اورده بعض معاصريه على قوله ره
وليس هذا من مقتضى اليد قطعا فقال انه لا سند للقطع المزبور اذ من المحتمل كون تلفها من ضمان
ابتداء يقع او لمحال تلف احدى العينين قبل ارادة مالكها الرجوع وان المالك مخير
بين الرضا به عوضا عن المثل او القيمة وبين رده والمطالبة باحدهما او المطاردة للمطالبة
انتهى ثم انه ينبغي تحقيق المقام في ان اليد على العوضين في المعاطاة قبل الرجوع من احدهما
او كليهما هل هي يد ضمان ام لا وكذا بعد الرجوع فنقول اما قبل الرجوع فليست
اليد يد ضمان لانحصار اسباب الضمان وليس هنا شيء منها سوى اليد واليد
الموجودة هنا ليست هي اليد في قوله ع على اليد ما اخذت حتى تؤدي لان معنى حتى
تؤدي ما اخذته واداؤه عبارة عن دفع العين عند امكان ادائها واداء المثل او القيمة عند

تعذرها

تعذرها لكونهما اقرب شيء الى العين عند تعذرها بحيث يمكن ان يدعى كونهما [illegible]
رد العين واما بعد الرجوع فاليد يد ضمان فاذا رجع احدهما وعين ماله باقية عند صاحبه كان
ضمانه عليها يد ضمان الا انها تتخرج عند من في يده امانة شرعية والامانة الشرعية وان كان الحق فيها
انه لا يجب على من في يده الا الاعلام بها وانه لو توقف نقلها الى المالك على مؤنة كان على مالكها
دون من هي في يده لعدم وجوب النقل عليه حتى يجب دفع المؤنة عليه من باب المقدمة
الا ان الاصل في الامانات الشرعية هو الضمان الا ما خرج بالدليل من اجماع او غيره وهذا هو الذي
في المقام صورة لم ينبه عليها المصنف وهي ما لو تلف البعض من كل من العينين فنقول
انه لا يرجع احدهما على الاخر بعوض التالف للاصل وغيره وهل له رد الباقي واخذ ما قابله
لانه ماله والناس مسلطون على اموالهم وعلى الملك ليس له ذلك لما ذكره المصنف من ان الاصل
هو اللزوم والمتيقن خروجه من تحته انما هو صورة امكان رد العينين على وجه الكمال تنبيهان
الاولى ان مقتضى ما عرفت من كون تلف احدى العينين ملزما هو انه لا يكون لصاحب العين
الموجودة ايضا الرجوع اليها وهو ظاهر [illegible] حكم [illegible] المستندة بان لصاحب العين الموجودة
الرجوع اليها وفصل في [illegible] ثانيا ان صاحب العين التالفة بعد الشك [illegible] ولو تلف احديهما
خاصة فلا يجوز لصاحب التالفة وهل له رد الموجودة بلا مطالبة شيء لو اراده لمصلحة وامتنع
صاحبها الظاهر نعم لاصالة عدم اللزوم ولصاحب الموجودة الرجوع اليها لان الاصل بقاء على
الاولى ثم الاخر يرجع الى قيمة التالفة او مثلها كذا قال وهو باطلاقه مشكل بل الموافق
للقواعد ان يقال لو كان التلف لا من جهة صاحب الموجودة فلا يرجع اليها لان الاصل
اللزوم وعدم دليل على الاشتغال وان كان منه فان قصد الرجوع قبل الاتلاف فعليه
المثل او القيمة اذ كونه مأذونا في الاتلاف انما كان مع عدم قصد الرجوع فمعه يكون غاصبا
فيعمل فيه بقاعدة الغصب وان لم يقصد قبله فمقتضى الاصل وان كان براءة ذمته عن المثل
او القيمة لعدم كونه غاصبا وجواز رجوعه الى عينه للاصل الا ان الاجماع ونفي الضرر

[illegible]

بمعنى ان الامرين معا لابد من احدهما ولكن تعيين احدهما اشكال او تعيين الاشتغال
حطم او على كون المعاطاة اباحة محضة لقاعدة الغصب كعدم الرجوع على كون نماء تمليكا
يلزم الجمع بين المالين باطل لمنع صدق الغصب وتسليم جواز الجمع بين المالين اذا
اشتغلت ذمته بمثل احدهما او قيمته الان بعين الاشتغال بايات جواز الرجوع
بمثل الناس مسلطون على اموالهم وعلى اليد ما اخذت حتى تؤدي عليه اولا ان ما ذكره
مما لم يقل به احد وثانيا ان اطلاق جواز الرجوع السارى على القول بالملك ايضا مما
لا وجه له لوقوع التلف في ملكه فلا يبقى وجه لرجوعه الى صاحبه الثاني انه لو تلف
احد العوضين او كلاهما بعد الفسخ وقبل رده الى مالكه فلا يخلو اما ان يكون التلف
من جانب الله او من قبل من كان عنده او من قبل الغاصب الاجنبي ففي الاولين
يرجع الى من كان عنده بالمثل والقيمة لصيرورته بالفسخ امانة شرعية ولا اصل
في الامانات الشرعية هو الضمان سواء قلنا بان المعاطاة مفيدة للملك ام قلنا بانها مفيدة
للاباحة وعلى الاخير فيه وجوه احدها التخيير بين الرجوع الى الغاصب وبين الرجوع الى
المغصوب منه ثانيها الرجوع الى المغصوب منه لانه الذي فيضمن عوض التالف
فعليه ان يخرج عن عهدته للمالك وثالثها تعين الرجوع الى الغاصب دون غيره لانه
الذي اتلف المال فيلزمه الخروج عن عهدته وقد كان يلزمه الخروج عن العهدة
لو لم يرجع المالك الاول فيكون بعد الرجوع كذلك ويقوى الاخير بعض من تاخر
هذا ان اتلف الغاصب المال واما ان كان موجودا عنده فيرجع المالك الاول الى من
غصب منه لانه يجب عليه رفع الحيلولة بينه وبين ملكه ويحتمل الرجوع الى الغاصب
لانه بمجرد الفسخ رجع المال الى ملك المالك الاول فيرجع الى من هو عنده وهو
الغاصب فتامل ولو كان احد العوضين دينا في ذمة احد المتعاطيين فعلى القول
بالملك يملكه من في ذمته فيسقط عنه والظاهر انه في حكم التلف لان الساقط لا يعود

ويحتمل

ويحتمل العود وهو ضعيف والظاهر ان الحكم كذلك على القول بالاباحة لان اباحة ما في الذمة
اسقاط له سواء كان بعوض كما فيما نحن فيه ام لا وليعلم ان غرضنا هنا انما هو
حال نفس الدين الذي هو ما في الذمة واما انه هل يجوز الرجوع الى عوضه الموجود الذي
هو بيد الاخر فهو مندرج تحت مسئلة جواز الرجوع مع تلف احد العوضين لكن لما
كان لا يجوز الرجوع الى احد العوضين من دون رجوع الى الاخر او مثله او قيمته لاستلزام
الجمع بين العوض والمعوض عنه صار بهذا الفرض مخصوصا مستثنى عن المسئلة
المذكورة لاشتماله على خصوصية مفقودة في سائر فروض المسئلة وحيث انتهى الامر الى
ادرج عليه بعض من تاخر بالمنع من السقوط وصيرورته في حكم التلف واستشهد على
ذلك بانه لو باع الدين على من هو في ذمته واشترط لنفسه الخيار ثم فسخ بخياره الذي
اشترطه لم يكن لاحد ان يدعي ان فسخه بخياره غير مؤثر ومثله خيار المجلس الثابت
في البيع وكذا خيار الحيوان وغيره وح نقول انه لو كان يسقط الدين ببيعه على من في
ذمته فكيف يعود الى ذمة من كان عليه ويتحقق فتاثير الفسخ بالخيار دليل على عدم سقوطه
ثم انا نقول انه لو كان بيع الدين على من في ذمته سببا للسقوط لم يتخلف المسبب عنه في الخيارات
فتخلفه عنه دليل على عدم كونه سببا للسقوط ولا نحكم به هنا ايضا بل الحكم بعدمه ويؤيده انا
لم نجد من حكم بما حكم به من السقوط فيما نحن فيه ووجه بعض المعاصرين السقوط
بوجه اخر ولكنه عقبه بالمنع منه ويمنع على نحو كونه ثمنا في العقد مع ثبوت الخيار فان
ولو كان احد العوضين دينا في ذمة احدهما فالظاهر ان مرجعه الى الوفاء ولو بغير
الجنس فلا سبيل له الى الرجوع به ولو قصد كونه ثمنا عنه فانه غير قادح في صدق
الوفاء على الظاهر حتى ويشبهه اقتضاء المدين العوض عن النقد او عن عوض
اخر فان ساعره فذاك والا فله سعر يوم القبض ولا يحتاج الى عقد وليس لهما الرجوع
بعد التراضي وربما يحمل على المعاطاة وانه على القول بالملك يملكه من في ذمته فيسقط عنه

[illegible]
او انه سقط عنه بنفس ملك ويكون بحكم التلف لان الساقط لا يعود مع احتمال العود ضعيفا
فيه وانما سقط عنه مع انتقاله الموهوب على القول بالاباحة فتامل جيدا انتهى كلامه ولكنك خبير بان
الحق ما ذكره المحقق بعد ما افاده سابقا من كون متعلق جواز الرجوع هو ملك تراد العينين
بخلاف جواز الفسخ بالخيار فان متعلقه نفس العقد وح فالفرق بين المقامين بين ولا يتجه
النقض بالعقد المشتمل على الخيار فان العود الى الدين الذي هو في ذمة المشتري من باب
الرجوع الى المثل بعد الفسخ ومع وجدان العين تالفة لا من جهة بقاء الدين وعدم سقوطه فمذهب
قولسي ولو نقل العينين او احديهما بعقد لازم فهو كالتلف وحكي التصريح به عن كثير
منهم بل ربما استظهر من بعضهم الاجماع عليه قولسي ولو عادت العين بفسخ
الفسخ من باب المثال لكون عودها بالارث او بعقد جديد كعودها بالفسخ في
لان التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف فلا مجال لاستصحاب سلطنة المالك
الاول على ما تم القطع بزوالها وانتقال المال الى المباح له انا ما ثم انتقاله منه الى الثالث
فاذا فرض عود المال من الثالث لم يرجع الا من انتقل منه الى الثالث وهو المباح له ولا شاهد
على دعوى ان زوال سلطنة المالك الاول بنقل الثاني الملك الى ثالث مراعى بعدم عود
الملك او بعدم فسخ سببه او ان الفسخ موجب لعوده الا لارتفاع سبب الحاجب فتعود في كسبه
ولو كان الناقل عقدا جائزا لم يكن لمالك العين الباقية الزام الناقل بالرجوع فيه ولا رجوعه
بنفسه الى عينه فالتزام غير محقق وتحصيله غير واجب والظاهر ان هذا هو المراد بالتعليل الواقع
في كلام الشهيد الثاني ره في ذلك حيث قال لو نقل احدهما العين عن ملكه فان كان لازما كالبيع
والهبة بعد القبض والوقف والعتق فكالتلف وان كان جائزا كالبيع في زمن الخيار فالظاهر انه
كذلك لصدق انتقال الملك عنه فيكون كالتلف وعودها بالفسخ احداث ملك اخر فان
المبيع يملك بالقبض وان كان هناك خيار اما الهبة قبل القبض فالظاهر انها غير مؤثرة

لانا

لانا نمنع ان السبب المملك تام مع احتمال الصدق في التصرف وقد اطلق جماعة انها تملك بالتصرف انتهى
وبما ذكرناه ظهر انه لا وجه لاضطراب بعض المعاصرين في تعليل المسالك الى تعليل المحقق الثاني ره حيث قال
ولو نقلها بعقد جائز ولو كالخيار فيه فتى المسالك وشرح القواعد وغيرهما الظاهر انه كاللازم لصدق
انتقالها عنه فيكون كالتلف كما قيل بل لاشتراكهما في المقتضي والتزلزل بالنسبة اليه غير
بالفرق بينهما ولا دليل على الزامه بالرجوع فيه ولا على الرجوع عليه ولا على رجوعه في الباقية فالالزام
غير محقق وتحصيله غير واجب بل لو اختار فسخه فلا يبعد انه كالاقالة ونحوها في اللازم
ثم انه تعرض لبعض ما في عبارة المسالك المذكورة فقال والظاهر ان الهبة بعد القبض من
هذا القبيل ولكن في المسالك جعلها من اللازم وانما قبل القبض غير مؤثرة على الظاهر لا انها
جزء سبب مع احتمال الصدق في التصرف وقد اطلق جماعة انها تملك بالتصرف وعليه منع
ظاهر الا ان يراد بعض افرادها انتهى والتحقيق ان نقلها انه لو وهبه عينه واقبضه فلا اشكال في اللزوم
على القول بكون المعاطاة مفيدة للملك او للاباحة واما لو وهبه ولم يقبضه فقلنا ان القبض شرط
في الصحة فمقتضى الاصل عدم اللزوم لامكان التراد وكذا على القول بالاباحة لبقاء سلطنة المالك
لكن هذا ينافي ما ذكره في الخيار من ان تعرض المشتري الذي له الخيار للمبيع المعاطاة ضمن
يوجب سقوط خياره لان ذلك رضا منه باللزوم واسقاط للخيار وذكر بعضهم في دفع
المنافاة وجهين احدهما ان الخيار في البيع الخياري انما جاء بسبب خارجي وهو يزول بمجرد
فهم الرضا من ذي الخيار بخلاف ما نحن فيه فان الخيار فيه من مقتضى المعاطاة نفسها فلا
يسقط بمجرد فهم الرضا وثانيهما ان سقوط الخيار هناك انما ثبت بالدليل على خلاف الاصل لان
اسقاطه [illegible] فلا بد فيه من اللفظ فيقتصر فيه على مورد دليله ولا يتعدى الى المعاطاة لعدم ثبوته
فيها ونحن نقول لا يخفى ان الاشكال وما اجيب به مبني على ان جواز تصرف الاحد
بالمعاطاة انما هو من جانب المالك دون الشارع واما لو قلنا بالاباحة الشرعية كما هو الظاهر فلا وجه
لاشكاله ولا مسرح للجوابين فافهم قولسي الجة الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الاخرى او عودها

الى مالكها بملك المتجدد من العوض اذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف يعني انه ان عادت العين
الى الواهب المباح له بوجه الهبة كان للمالك المبيح استردادها وان عادت بغيرها كالشراء ونحوها
المتهب على الواهب لم يكن له استردادها والسر في ذلك ان هبة المتهب العين للواهب ليست الا
على حد هبتها للاجنبي فلا توجب انتفاء موضوع التراد ولذا بيعها على الواهب ليس الا على حد
بيعها على غير الواهب فانه لما كان الثاني يوجب سبق الملك من البائع من جهة ما ذكره من عدم
انفكاك العوض عن ملك الاول فيكون بيع العين على الواهب بمنزلة اتلافها فيمتنع التراد والهبة
على ما ذكره ره على خلاف عقد المعاوضة فانه لا يكشف عن تملك الموهوب المباح له للعين التي اوقع
العقد عليها اذ لا يعقل تملك الثمن مثلا مع عدم تملك المثمن ودعوى ان مطلق النقل
ملزم لها نعم لو ثبت ان الرد مفيد بقاء الملك شرعا فلم يقم عليه دليل بنفسه لو عاوض
على العين المأخوذة بالمعاطاة ثانيا على وجه المعاطاة فعلى القول بافادتها الملك اللازم تلحق
بالعقود اللازمة وعلى القول بالملك الجائز تلحق بالعقود الجائزة المملكة وان كان الحكم في
القسمين واحدا وعلى القول بالاباحة لا تنقص من قبيل الملزم للمعاطاة الاولى فلو ليس
ولو باع العين ثالث فضولة فاجاز المالك الاول على القول بالملك لم يبعد كون اجازته
رجوعا كالبيع وسائر تصرفاته الناقلة له قال بعض من تأخر قد ثبت في الخيارات ان التصرفات
الناقلة ممن ذي الخيار رجوع فلو باع ما كان له الخيار فاسترداده من المشتري كان ذلك
رجوعا بالخيار اجماعا ولكن لم يثبت مثله هنا فلا يصح ان يكون مجرد اجازته رجوعا وفسخا
هنا فلا بد من سبق ما يدل على الفسخ حتى يصح للاول نقله الى الثالث اذ لا يصح نقل الا من الملاك
والفرض خروج الملك عنه فلا يكون تصحيحه ورده مالكا سابقة على نقله الى المشتري الثالث فلا
وجه للحكم بان الاجازة منه حينئذ تكون رجوعا الا ان يلتزم باحد الامرين من كون مجرد الرضا
الباطني اجازة وكون الكراهة الباطنية في مقابلها ومن كون الفسخ والرجوع يحصل باول
حرف من قوله اجزت البيع الثاني فيصير المالك مالكا والتمليك للمشتري الثاني يحصل

باخر

المتهب خ

هذا ولا يكون نقض العبارة ردّ وحق انه [illegible]
الاولى ان يقول او يعود على المجاز له [illegible]
كما انه لو وجب التعليل [illegible] الاباحة
بما ان الملك كيف [illegible] فالملك
بيع على الواهب وليعلم ان التعجب
يرجع على الثاني انه عجيب
الصحيح م م م

باخر حرف من قوله الملك لي رده هو و وان التزم بالاول فيما سيأتي من الكلام الا ان التزامه بذلك محقق مع
بالقول بالاباحة ولا يجري على القول بالملك كما هو مفروض في المقام فانه قال هناك بل هو على القول
بالملك نظير الرجوع في الهبة وعلى القول بالاباحة نظير الرجوع في اباحة الطعام بحيث يناط الحكم فيه
بالرضا الباطني بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف انتهى وسبق لك هنا الحق الحري
لكن ذلك البعض قد منعه على تقدير القول بالاباحة ايضا وطالب من قال بكون الرضا الباطني
اجازة وكون الكراهة الباطنية ردا بالدليل ويمكن لك التزامه بالثاني في بعض ما تقدم الا
ان ذلك البعض منع من ذلك وطالبه بالدليل فعلى هذا لا وجه لاجازة المالك الاول
للبيع الفضولي المفروض على القول بالملك هنا ولكنك خبير بسقوط ما افاده في الكراهة
الباطنية للرد اذ ليس مراده ما هو كاشف عنها ضمنا متوقف على الدليل وكون التصرفات الناقلة
ممن ذي الخيار رجوعا ليس الا من هذا الباب وليس في ذلك الحكم تعبدي تعلق بها حتى
لا يتعدى الى غيرها ردها ومن هنا يتضح الوجه في الالتزام بحصول الفسخ والرجوع باول
حرف من قوله اجزت البيع الثاني فيصير المال ملكه وان التمليك للمشتري الثاني
يحصل باخر حرف من قوله الملك لي رده فيه بعد قولي ولو اجاز المالك الثاني نفذ بغير اشكال
ضرورة كونه مالكا فيمضي جميع تصرفاته التي منها الاجازة قولي وينعكس الحكم اشكالا
ووضوحا على القول بالاباحة يريد ان اصل الحكم لا ينعكس وانما ينعكس اشكاله
ووضوحه باعتبار كون الثمن فاعلا في المعنى بمعنى ان كون اجازة المالك الاول رجوعا
على القول بالاباحة واضح لان العين على هذا القول لم تخرج عن ملكه وكون اجازة
المالك الثاني على هذا القول نافذة مشكل وانكر بعض من تأخر نفوذ اجازة الثاني
بعد ما اعترف بوضوح كون اجازة المالك الاول رجوعا نظرا الى ان المباح له ليس له
الملك كي يكون له التصرف بالاتلاف والبيع واجازته والاضمار في حكم الاول لان المانع الشرعي كالمانع
العقلي فبعد وقوعه لا يصح لهما الرجوع ومعنى ان نظيره في الاشكال ما تقدم من الاحكام

عن بعضهم كالشهيد الثاني بناء على القول بالاباحة في جواز التصرف بالاتلاف ونحوه مما هو موقوف على الملك
فلا مجال للاشكال عليه فتأمل ولكل منهما رده قبل اجازة الآخر ولو رجع الاول فيجوز للثاني
فان جعلنا الاجازة كاشفة لغى الرجوع ويحتمل عدمه لانه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ
ويلغو الاجازة ولا فرق في هذا الحكم بين القول بالملك وبين القول بالاباحة واورد عليه
بان كشف الاجازة عن تحقق الملك من حين العقد على القول به مشروط ببقاء المحل ومع
فرض تقدم رجوع الاول وتأخر اجازة الثاني لما هو مقتضى العبارة لا يبقى مجال لكشف اجازة
الثاني عن تحقق النقل من حين العقد الذي هو سابق على رجوع الاول الذي هو مبطل
للعقد فتأمل ولو امتزجت العينان او احديهما سقط الرجوع على القول بالملك
لامتناع التراد ويحتمل الشركة وهو ضعيف اما على القول بالاباحة فالاصل بقاء التسلط
على ماله الممتزج اه وحكي عن تعليق الارشاد وعن المسالك ان ذلك في مبلغ التلف وعن شرح
القواعد انه لا يمكن رده بعينه وقبول الجميع فيه منه وتحول مال الغير في حاله من
غير فرق بين الاجود ومثله بل توقف لك لو اشتبهت بغيرها وامتزجت بحيث لا تتميز ان
كان بالاجود فكالتلف وان كان بالمساوي او الاردى احتمل كونه كذلك لامتناع التراد على الوجه
الاول واحتمل جماعة ويحتمل العدم في الجميع لاصالة البقاء انتهى والحق ان
لا وجه لان يدعى ان الامتزاج مملك او ملزم نعم لو كان الامتزاج كسبيكة او نحوهما لامكان دعوى عدم
الصدق عن الخبر لطريق الشرع وصلب الفقهاء ولم يتعرضوا لصورة اشتباه العين
او احديهما من الاعيان الخارجية المملوكة لغيرها فيحتمل فيها الرجوع الى القرعة او الصلح
لبقاء العين الموجب لامكان التراد وغاية ما في الباب اشتباهها بغيرها وهو غير مانع
لان المالك الاول يجري في حقه بعد الرجوع ما كان يجري في اخذها بالمعاطاة عند اشتباهها
بغيرها فتأمل ولو تصرف في العين تصرفا مغيرا للصورة كطحن الحنطة وفصل الثوب
فلا لزوم على القول بالملك في اللزوم وجها بينا انه على جواز استصحاب جواز التراد مثلا

الاشكال

الاشكال ان الموضوع في الاستصحاب حقيقي او عرفي فقد عرفت من عبارة شرح القواعد المتقدمة هنا
حكاية انها عند البحث عن كون تلف احدى العينين ملزما ان التصرفات المغيرة للصورة لو وقع في
المعاطاة وحكي عن المسالك ان قصر الثوب فضلا عن صبغه وخياطته ونحوهما كذلك وربما
يفرق بين الطحن ونحوه وبين الصبغ والقصر والتفصيل ونحوها فيلحق القسم الاول بالتلف
دون الثاني وفي المسالك انه لو تصرف فيها تصرفا غير ناقل للملك ولا محرز سببه فان لم تتغير
العين عن صفتها كالاستخدام والانتفاع بالاناء ولبس الثوب فلا اثر في اللزوم وان
اوجب تغيير الحالة اخرى كطحن الحنطة وصبغ الثوب احتمل كونه كذلك لاصالة بقاء الملك
مع بقائه ولزوم المعاطاة بذلك وبه جزم بعض الاصحاب لما تقدم من امتناع التراد بسبب
التغيير وعندي فيه اشكال انتهى ومقتضى التحقيق ما افاده المصرح تنبيه جميع ما ذكر
من الملزمات انما هي بالنسبة الى اصل العين وبقي البحث عن الاجرة والمنافع وانها مضمونة على تقدير
رجوع المالك الى العين حتى يرجع اليه بما لكها ام لا قال في الكشف لو رجع في العين او بعضها
وقد استعملها من هي في يده لم يرجع عليه بالاجرة ولو كانت قد نمت فان كان باقيا رجع
به وان كان تالفا فلا لتسليطه على التصرف فيه بغير عوض حتى نمى انتهى وتفصيل الكلام
ان عدم الرجوع بالاجرة مما لا اشكال فيه واما المنافع فالظاهر انه مع الرجوع بالعين لا رجوع
له بالمستوفاة منها ولا بالنماء المنفصل كما صرح به كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف الا من بعضهم
واما النماء الموجود المنفصل فلا رجوع به على القول بالاباحة قطعا ولا وجه لاحتمال
العدم فيه مطلقا او في الجملة واما على القول بالملك فالظاهر انه يتبع الرجوع وفاقا لجماعة
لانه نما ملكه كالنماء في زمن الخيار فالحاصل ان حال النماء على القولين تابع لحال العين
فيعود الى مالكها تبعيته للعين ولكن توقف فيه في الروضة لانه لعدم ان يكون لها في كون
المعاطاة اباحة او بيعا متزلزلا قال ونظهر الفائدة في النماء فعلى الثاني هو للقابض مع تحقق اللزوم
بعده وعلى الاول يحتمله وعدمه الى ان قال وعلى تقدير الرجوع في العين وقد استعملها

كالهبة قبل القبض
منه دام عزه

باحدهما بغير اجرة لانه ملك النماء ثمرة لها او لو كانت قبلها فلا رجع به الا الاصل والا فالوجهان انتهى وذكر
الوجهين معرفا باللام اشارة الى الوجهين المذكورين في قوله سابقا وعلى الاول يحتمله وعدمه
ولذلك قيد كون النماء للقابض على القول بالبيع المتزلزل بقوله متى تحقق اللزوم بعد هذا
والتحقيق ان حال النماء تابع لحال العين التي هي اصله فان لم يرجع اليها لم يكن له الرجوع الى النماء
لتبعيته لها بحسب قصد المتعاطيين وجريان السيرة على ذلك وان رجع اليها رجع الى
الموجود المنفصل منها هو المعروض وهناك وجه اخر حكي عن ذكره الا ان الاحكام وجه
ثالث اشار اليه بعض مشايخنا عند الرد على ما ذكره في شرح القواعد من استلزام القول بالاباحة
لتاسيس قواعد جديدة وهو انه يحدث النماء من اول الامر اعني عند وجوده في ملك المعترف
حيث قال ويحتمل ان يحدث النماء في ملكه بمجرد الاباحة انتهى واما النماء المنفصل كالسمن والصوف
واللبن مع عدم انفصالها فتتبع العين على الاقوى فراجع ثم انك قد عرفت مما ذكرنا
انه ليس جواز الرجوع في مسئلة المعاطاة نظير الفسخ في العقود اللازمة حتى يورث بالموت ويسقط
بالاسقاط ابتداء او في ضمن المعاملة بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة وعلى القول
بالاباحة نظير الرجوع في اباحة الطعام بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني بحيث لو علم
كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف فلو مات احد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك
للاصل لان من له واليه الرجوع هو المالك الاصلي ولا يجري الاستصحاب ولو جن احدهما فالظاهر
قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين اورد عليه بعض من تاخر بان كلامه محتمل لوجهين
احدهما انه عند موت احدهما على القول بالملك يلزم المعاملة فلا يجوز للوارث الرجوع لان
رجوع المالك انما كان من قبيل الطعام كجواز الرجوع في الهبة قبل القبض فانه حاصل
للمالك ولا يورث فلا يجوز للوارث الرجوع بعد موت مورثه وعلى القول بالاباحة يجوز للوارث
الرجوع وهذا الاخير وان لم يصرح به الا انه يشهد به قوله وعلى القول بالاباحة نظير الرجوع
في اباحة الطعام ضرورة ان من قدم طعاما الى غيره ليأكله واباحه له كان له الرجوع عن الاباحة قبل ان

من قدمه

من قدمه البيع في الاثناء وعلى ان المالك لو مات قبل ذلك او في الاثناء كان للوارث النهي عن الاكل و
التصرف وثانيهما انه يلزم على القولين فلا يجوز للوارث الرجوع فان كان المراد هو الاول
كان ما ذكره على القول بالملك حقا لان المعاطاة انما يحصل بها الملك انتقل الى وارثه فلا يبقى محل الرجوع
فحصر الاشكال في جواز رجوع الوارث على القول بالاباحة الا انه احتمال لا وجه له لان لازم ذلك ان ترد الاموال
الحاصلة بها ولم نسمع الاقدام على مثل ذلك من احد فلم يرد احد ما اشتراه مورثه بالمعاطاة
مع ان اكثر العلماء ممن يقول بالاباحة بل قد عرفت ان الجميع متسالمون على ذلك الى زمان
المحقق الثاني ره ومع هذا لم نسمع منهم ولا ممن تقدمهم انهم ردوا ما اشتراه مورثهم ثم
بالمعاطاة وان كان المراد هو الثاني اتجه عليه ان الفقهاء ره قد تعرضوا لملزمات المعاطاة ولم
يعدوا منها موت احدهما او كليهما من الملزمات ولو كان الامر كما ذكر من اللزوم عليهم ان يعدوه منها
فالحق ان العين بعد موت احد المتعاطيين حكمها حكم ما كانت عليه قبل موته على القولين فحكم
الوارث على القول بافادة المعاطاة للملك المتزلزل حكم مورثه وعلى القول بافادتها الاباحة
كذلك فيصح له ان يرد ما لم يتحقق شيء من الملزمات والعين في يد الوارث باقية على ما كانت عليه قبل
موت المورث بحكم السيرة هذا وابن حنبل باندفاعه لعدم تعرضهم للرد بعد موت المورث
مع قولهم بالاباحة يكشف عن بطلان القول بالاباحة وان الملكية واذا هاهنا انما كان
هو الملك فلهذا جروا على مقتضاه بصفاء سريرتهم وان ما ذكروه من الاباحة فانما هو ما جرى
على اللسان والمكنون في ضمائرهم مضافا الى ان بقاء العين بدون طرو شيء من الملزمات الى ما بعد الموت
مما يعز وجوده وطرو الغفلة عن لوازم العزيز غير بعيد بل نقول ان الغالب ان الوارث لا يطلع
على اسباب النقل الحاصلة لمورثه خصوصا في المحقرات التي هي مورد المعاطاة غالبا فيتصرف
فيها بحكم اليد الثابتة عليها المقتضية للملك لانه يرى ان الغالب ان مورثه انما يتصرف في
اموال مورثهم من باب انهم وجدوها تحت ايديهم ولو اتفق مورد نادر على خلاف
ذلك لم يكن ذلك خاليا عن احتمال الغفلة المانع من بلوغ علمهم حد السيرة المعتبرة

فافهم واما ما ذكره ذلك البعض من انهم لم يذكروا الموت من الملزمات فلا يصير ذلك مما يحكى
ان يجعل سندا لحكم شرعي لان كون ذلك من الملزمات من جملة لوازم ما سكتوا عنه
مما يتوقف اثباته على الدليل وهو كون الرجوع في المعاطاة قابلا للارث لا مما هو من قبيل
الاحكام واثبات كونه حقا موقوف على الدليل المعتبر شرعا ولم ينصوا على الحكم ولا اشاروا
الى دليله وعدم الدليل في مثل ذلك من التوقيفيات يقتضي عدم الحكم بالارث وانه
لم يتحقق الارث تحقق اللزوم خصوصا على القول بان الاصل هو اللزوم في المعاطاة
حج ما حج ويرجع الباقي في ضمانها الى انه كثيرا ما يتفق الغفلة عن لوازم المذهب فلا يصرح
به او يزعم صاحبه وضوحه ولا يتعرض له وهل مثل الغفلة عمن ليس بمعصوم بعزيز
فلا يرد الايراد على الحصر حيث ذكر لازم كل مذهب على ما هو الواقع والعجب من ذلك
تمسك ذلك البعض بالسيرة في دعوى بقاء العين في يد الوارث على ما كانت عليه في يد
المورث وبعد ذلك كله نقول ان كون الرجوع في المعاطاة مما يورث كالخيار حكم شرعي
يحتاج الى دليل فان كان المدعى ذلك واحتمال كونه من الاحكام يكفي لانتفاء الحكم بكونه يورث
لان الاصل عدم انتقاله الى الوارث وان كان دلالته على عدم سقوطه بالاسقاط على كونه حكما شرعيا
من قبيل الامور الواضحة ثم لا يخفى ان مراد المصرح من المستفيض الذي ذكرنا ان ذلك
البعض انما هو الاول وان الشرط في عدم لزوم المعاملة على القول بالاباحة هو انتقال
مال المبيح الى الوارث وان اراد احداث نقل جديد فعل ذلك بقي على ملكه وبما ذكرنا قد يظهر
التامل الى ما ذكره بعض اعاصر في كتابه حيث قال الاقوى انتقال حق الرجوع الى
الوارث كسائر الحقوق وانه لم يكن نظير الفسخ في العقود من غير فرق بين القول بالملك
والقول بالاباحة بل الظاهر على الثاني انتقال نفس العين الى الوارث لان العوض الذي
عند المورث باق على ملك صاحبه وجواز نقض كل منهما ما عنده مع عدم الرجوع به انما هو
بالاذن السابقة مع امضاء الوارث ولو حاله لها عادة او بحكم الشارع على الظاهر لظهور

معاقد

معاقد الاجماع كالسيرة المستمرة فيما اشترك ذلك لما لا يخفى على المتدبر فيهما ولكن قد جزم بعضهم
بانه لا يورث ولا يسقط بالاسقاط فكونه من الاحكام نظير الرجوع في الهبة على القول بالملك
وعلى القول بالاباحة نظير الرجوع في اباحة الطعام بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني
لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف فيه فلو مات احد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول
بالملك للاصل لان من له واليه الرجوع هو المالك الاصلي ولا يجري الاستصحاب ولو جن
احدهما فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين الا ان المانع اذ لك مستظهر
ان لم يكن عليه اجماع بل فيه منع في المشتبه كما لا يخفى بل في ظاهر النص على انتقال حق الرجوع في
العقد قبل القبض فانما هو بمنزلة البيع فيه من الخيار صحيح غير لازم بل فيه اتفاق النص على
الانتقال اليه في الصدقة الفعلية كما انما تفيد الاباحة دون الملك بل لا اظن الخلاف
فيه بالنسبة الى اباحة الطعام فيما لو مات المبيح قبل اكل المباح وليس ذلك وما دل على انتقال
الخيار ونحوه بالارث قاض بذلك فيخرج به عن الاصل ودعوى ان المستفاد من
السيرة ونحوها حصر الرجوع بالمالك الاصلي على وجه لا ينتقل الى ورثته ممنوعة على اباحة
ومع ذلك فيخصص بعمومات الارث سيما مع الاعتراف بقيام الولي مقامه في الجنون اذ لو كان ذلك
من الاحكام او من الحقوق المشترط فيها المباشرة ولو على وجه يعم التوكيل خاصة
لم يقم وليه مقامه فتامل جيدا انتهى وفيه ذلك لانه لما كان مقتضى الاصل هو عدم انتقال
المال الى الوارث كما اعترف به هو فلا بد من دليل مخرج وليس ما ادعاه من ظهور معاقد
الاجماع فيما يشمل ذلك والسيرة المستمرة وشيء منهما لا ينهض بانتقال مطلق اما
السيرة فلما عرفت من غفلة الناس عن كون ما اشتراه من مجهم ثم بعد ذلك تملكهم بالمعاطاة باقيا على ملك
مالكه الاول مع كونه ما يبقى الى ما بعد الموت على حاله بحيث لا يتطرق فيه من الملزمات نادر جدا واما
اطلاق معاقد الاجماع فلان ما ثبت انه من الحقوق يورث او ان الخيار يورث وقد ادعى الخصم ان
الرجوع هنا من قبيل الاحكام دون الحقوق واستدل عليه بعدم جواز اسقاطه فمن اين يشمل معاقد الاجماع

للملك موقوف على كونه من الحقوق او الخيار وهو ممنوع بل خلافه معلوم مضافا الى ما يتجه على ما ذكره
في الكلام وجوه من احدها ان الرد في قوله بل الظاهر على الثاني انتقال نقض العين الى الوارث
لا معنى له ولا مناسبة ضرورة ان نقض العين اذا انتقل الى الوارث صار ملكه فيترتب عليها آثار
الملك ولا مدخل للانتقال في جواز الرجوع في ذلك لان جواز الرجوع حينئذ انما هو من احكام صيرورة العين
ملكا فليس من باب انتقال الحق بنفسه وثانيها ان ما ذكره من المنع في المنتسب والمقام المحجة
على ذلك بقول الشيخ ره مما لا يخفى وهنه لان المصدرة لم يرد بتشبيه ما نحن فيه بالهبة الاستدلال عليه
بقياسه عليها حتى يورد عليه المنع من ذلك بل مراده التمثيل والتنظير لافهام المطلوب وتقريبه الى
الاذهان وثالثها ان يكفي في ذلك قول الاكثر وجماعة في الهبة بل لك سلمنا لكن قول الشيخ ره لا حجة فيه وانما الحجة ٣ قوله
اقوال الحجج عليهم السلم فللمصدرة ان يقول ان الحق عندي خلاف ما ذكره الشيخ ره ورابعها ان ما ذكره
من عدم مظنة الخلاف فيما لو مات مبيح الطعام قبل اكل المباح له اياه من الاصحاب لم بالمنقوض ومم
ان الطعام بعينه ينتقل الى الوارث فليس في حق تصرف الملاك واملاكهم برابعها ان ما صرح
به من ان ما دل على انتقال الخيار ونحوه الى الوارث فهي ينبئك من الوجه لا ان جواز الرجوع
هنا ليس نوع خيار ولم يكن دليل يدل بعمومه واطلاقه على ان ما كان نحو الخيار يورث حتى يؤخذ
باطلاقه وليس ومن صور خامسها الاحتجاج على المصدرة بانه قد اعترف بقيام الولي مقام في
المجنون وانه نيابة فاطاره الانتقال الى الوارث وذلك لان يد الولي يد المولى عليه كما ان يد الوكيل
يد الموكل ومع ذلك لم ينتقل مال المولى عليه ولا حقه الى الولي فلا ملازمة بين التصرف بالولاية
والانتقال الى الولي بل الملازمة انما هي بينه وبين عدم الانتقال فاين ذلك من الانتقال بالارث
السابع قوله والاقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا بناء على انه ليس لازما وانما
تم على قول المصنف ره ومن تبعه الوجه في ذلك انه استفاد من دليل خيار الحيوان كون ثبوته
مختصا بما اذا كان البيع لازما من غير جهة الخيار فالظاهر ان نظره في ذلك الى رواية علي بن
رئاب عن ابي عبد الله عم في رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري او للبائع او لهما كليهما

نقل في الوسائل لفظ كلاهما بالالف [illegible] فاقتضت نسخة النقل [illegible] غيرها ة

فقال

فقال الخيار لمن اشترى ثلثة ايام نظرة فاذا مضت ثلثة ايام فقد وجب الشراء ونحوها من
الاخبار وانت خبير بان المناقشة فيه بان حكمه عم بوجوب الشراء انما هو من خصوص هذه
الجهة التي هي خيار الحيوان الا ترى انه لو كان هناك غيره من الخيارات كالغبن او الشرط مثلا
لم يلزم البيع من تلك الجهة فتامل قوله ره واما خيار العيب والغبن فيبتنيان على النقض عين
يعني على تقدير القول بكون المعاطاة بيعا لازما كما هو قول المفيد ره وعدمه وجهان من تمامية
الاطلاق او اليمان دخولها عن التقييد بكون البيع لازما مع قطع النظر عنها في الادلة التي بلسان ما رواه
جميل عن بعض اصحابنا عن احدهما عم في الرجل يشتري الثوب او المتاع فيجد فيه عيبا فقال
ان كان الشيء قائما بعينه رده على صاحبه واخذ الثمن وان كان الثوب قد قطع او خيط
او صبغ يرجع بنقصان العيب ومثله غيره من الاخبار المضبوطة في الكتب المعمولة لذلك
ومن ادلة الثاني رواية ابن صبيح عن ابي عبد الله عم قال غبن المؤمن حرام ورواية زرارة عن ابي
جعفر عم في حديث ان رسول الله ص قال لا ضرر ولا ضرار وقد تكلم بين الاخبار خصوصا
المتناقض فيها من عدم ثبوت خيار الغبن ولكن مما تقدم لم يذكره ونقل عن المصدرة في اللمعة القول
بعدمه والاخبار بخصوصه خالية منهم نعم ورد في تلقي الركبان تخييرهم اذا غبنوا واستدل عليه
٣ كيف ح خيار الضرر وهو مع ما ذكره عدم الخلاف بين علمائنا فيه وكان فالاجود ثبوته انتهى وتعلم
من جميع ذلك ان ادلة الغبن خالية عن اعتبار لزوم البيع لولاه فقوله ره كما ان خيار
المجلس منتفيو لذلك لنظيره ما ذكرنا في خيار الحيوان فان الظاهر ان نظره في ذلك الى رواية
الحلبي عن ابي عبد الله عم قال ايما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا فاذا
افترقا وجب البيع والمناقشة فيه كما عرفت فيما تقدم في خيار الحيوان فتامل ولهذا لم يسلك
مسلكه في التفصيل الذي ذكره قوله ره وكيف كان فالاقوى انما على القول بالاباحة بيع
لم يصحح الناقل ولم يصر لازما بعد تلف احدى العينين او ما في حكمه وبعد التلف يترتب عليه
احكام البيع عدا ما اختص دليله بالبيع الواقع صحيحا من اول الامر غرضه بعض اتعاطي

بان ظاهر ادلة جميع احكامه انما هو ذلك فعلى لا يترتب عليه شيء من احكامه ثم قال والذي يظهر
انما هو الثاني يصح بيعه بعد تلف احدهما وضمنه متقبله ان قام الاجماع على حصول الملك
بذلك الا انه ليس من التمليك بالمعاوضة في شيء وانما هو تمليك تبعي شرعي نحو توقف
على قصد وتنبه لكا لا يخفى على المتأمل انتهى ولكنك خبير بانه فاسد لانه مبني على الجمود على ظاهر
لفظ البيع الواقع صحيحا من اول الامر مع الغفلة عن اول كلامه ره فقابله البيع الذي
عرضه الصحة بعد ذلك فح فيتجه بحسب الظاهر ان جميع احكام البيع مترتبة على البيع الذي
هو صحيح من اول الامر لظهور لفظ البيع في الادلة في ذلك اذ لا ينصرف الا اليه ولو لا يخفى على
من امعن النظر في كلامه ره انه التزم بكون المعاطاة بيعا عرفيا كما عرفته في كلامه في اول
البحث ان محل النزاع انما هو على قصد المتعاطيان التمليك فكيف لم يمضه الشارع في اول
الامر وانما رتب عليها الاباحة وانما امضاها بعد تلف احدى العينين فالصحة الطارية
التي ادعاها انما هي الصحة الشرعية التي هي من قبيل الاحكام الشرعية يعني ترتيب الشارع عليها
آثار البيع واحكامه ومعلوم ان خطابات الشرع انما وردت على طبق مفاهيم العرف فلا يكون
المراد بالبيع في الادلة سوى البيع العرفي ولا مجال لح لدعوى الانصراف الى الشرعي الذي
رتب عليه الشارع الاثر في ابتدائه ودفعه للحرج ما لم يترتب عليه الاثر الا بعد عارض كالمعاطاة
التي رتب عليها الاثر بعد تلف احدى العينين مثلا نعم لو كان المراد بالبيع في الخطابات الشرعية خصوص
البيع الصحيح الشرعي كان ظاهرا فيما وقع صحيحا من اول الامر وليس كذلك على ما عرفته
فح نقول ان الاحكام التي رتبها الشارع على البيع العرفي على قسمين احدهما ما هو حكم
البيع الواقع صحيحا شرعيا من اول الامر كالصيغة الخاصة او مطلق الصيغة على الخلاف
والاخر ما هو حكم لمطلق البيع العرفي نظرا الى عدم انفهام الاختصاص من دليل ذلك الحكم
كالعلم بالعوضين وثبوت الخيارات كلا او بعضا ان قلنا بان المستفاد من ادلتها الاول
او انه المستفاد من ادلة بعضها كخيار العيب المستفاد من حديث نفي الضرر الثاني

قوله سره

قوله سره ربما يجمع بين هذا الكلام وما تقدم من المحقق والشهيد الثانيين وفيه ان
المسألة في عدم جواز التصرف آه القائل هو صاحب مفتاح الكرامة ره ومحصل ما ذكره من
الفرق بين البيع الفاسد وغيره هو ان البيع الفاسد ما علم عدم الرضا من جهة انما كان
الا على تقدير صحة المعاملة وبعبارة اخرى ما انيط فيه الاذن والرضا بالتصرف بصحة
المعاملة فينتفي ولما ان كان الامر على خلاف ذلك بان تراضيا ولو الدم على الاباحة للتصرف من
كل منهما فيما انتقل من العوض لكن سواء صحت المعاملة او فسدت او تراضيا عليها بعد العلم بالفساد
واستمر رضاهما فان المعاطاة على هذا التقدير تكون من المعاطاة بهذا وقد ظهر من
شرح القواعد ان اللفظ الفاقد للشرط ان اريد به المسامحة اندرج في القبض معه في
المعاطاة وان اريد به ما يراد بالصحيح من المداقة اندرج في المقبوض بالبيع الفاسد
وحكي عن مفتاح الكرامة مثله من انه حيث تقصد النقل بالمعاطاة مع الانقباض في
العلم بالرضا تصح بالكتابة والاشارة والكناية وتقديم القبول على الايجاب وغير ذلك
وحيث تقصد النقل بالعقد الصحيح اللازم بمعنى انه يريد به لا يكون راضيا بالتصرف
لا تصح مع اختلال شيء من الشرائط فلا تفيد ملكا ولا اباحة وانما تكون بيعا فاسدا
وانت خبير بانه لا دخل للمداقة والمسامحة في التمييز بين الامرين كما لا دخل للعلم با
لرضا وعدمه في ذلك وانما المدار على قصد الانشاء بالتقابض فيكون معاطاة او باللفظ
ولو على وجه يكون التقابض من اثاره فيكون بيعا فاسدا على تقدير انتفاء شيء مما يعتبر
فيما قصد به الانشاء او يعتبر في ذلك النوع من المعاملة نعم لو لم نشترط انشاء التمليك
بالتقابض في المعاطاة امكن ادخال صورة العلم بالرضا فيها وهو الذي بنى عليه العلامة ره
في ذيل كلامه وصرح بان ادخاله في المعاطاة يتوقف على امرين وبما ذكرناه من معنى
المعاطاة تبين سقوط ما عن شرح القواعد من تقسيمها الى فعلية وقولية بالصيغة
المخصوصة قوله سره الا بالتقابض الحاصل بعدهما فانه انشاء البيع بذلك

التقابض الحاصل بعدهما مع قطع النظر عن اصدارهما بنفسه معاطاة ولا يفيد في جعلها
معاطاة وان لم يقصد به انشاء البيع وانما وقع بناء على انه من آثارهما لم يكن هو ايضا من
المعاطاة التي تنازع فيها الاصحاب فكيف بافادته جعلهما معاطاة وفي كلام بعض المعاصرين
انهما لو قصدا انشاء التمليك بالتقابض الواقع بعده مع قطع النظر عن العقد السابق نوع منهما كان
من المعاطاة ولعل مراد الثاني انما هو للخاصة لا ما يشمل التقابض المجرد عن الانشاء
به وانما كان على انه من آثار العقد لبنائهما على تأثيره وتوثيقهما بحيث لولاه لما تقابضا
فانه ليس من المعاطاة التي تنازع الفريقان فيها قطعا انتهى فان اراد بيان حال التقابض
الذي جعله معاطاة وانه الذي قصد به الانشاء مع قطع النظر عن العقد فهو حق خلاف الظاهر
من العبارتين وان اراد انهما ارادا انه تحقق المعاطاة بالتقابض الواقع عقيب اللفظ الغير
الجامع للشرائط والاشارة لا بهما فخلاف الظاهر وقد اشار المصنف الى الامرين في ذيل العبارتين
اللتين حكاهما عنهما بقوله وظاهر الكلامين صورة وقوع الانشاء بغير القبض بل يكون
القبض من آثاره ونحن نقول ان منشأ مصيرهما الى حصول المعاطاة بالاشارة وبالعقد
الغير المستجمع للشرائط هو كون الاقوال اقوى دلالة على الرضا من الافعال فاذا حصل
المعاطاة بها فحصولها بالاقوال اولى لكن فيه ما اشار اليه المصنف من ان الرضا فيه
كان مقيدا بحصول الملك ومن المعلوم عدم حصوله هنا ثم ان المنشأ المذكور انما تم على
المختار في المعاطاة من الملك واما بناء على مذهب الجماعة من القول بالاباحة مع
قصد المتعاطيين الى الملك فلا وجه له فافهم قوله وان كان على وجه المعاطاة
فهذا ليس الا التراضي السابق على ملكية كل منهما لمال الآخر وليس تراضيا جديدا
ليس المراد ان التراضي الجديد بعد العلم بفساد العقد غير التراضي الشخصي الواقع في
ضمن العقد ضرورة استحالة ذلك بل المراد ان هذا التراضي ليس مغايرا للاول
باعتبار وجوده في ضمن تقابض لفظ مستأنف فهو اعادة التراضي الواقع في ضمن العقد

وبعبارة

وبعبارة اخرى رضاهما انما وقع سابقا لكل منهما رضى بعد العلم بفساد العقد بمضمونه من دون تقابض
جديد فلا يحصل به المعاطاة الا بالالتزام بالامر اللطيف الذي يذكره المصنف قده فان هذا هو الوجه
الذي ذكره في مقام التفصيل بقوله واما ان وقع الرضا بالتصرف بعد العقد من دون ابتنائه
على استحقاقه بالعقد السابق ولا قصد لانشاء تمليك آه ويشهد بما ذكرنا ما في النفس قوله
فالجواز انه يريد بقوله المتقدم من صيغ العقود حيث ان الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي
يدخل في المعاطاة بالتراضي الجديد الحاصل بعد العقد لا على وجه المعاوضة ووجه الظهور
ان الظاهر ان المراد بقوله لا على وجه المعاوضة ان التراضي الجديد ليس على وجه ايجاب المعاوضة
على تقابض العوضين قوله وهذا ليس ببعيد على القول بالاباحة يعني الاخذ من
طرفي الاشكال وهو كون عنوان التعاطي في كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا وان السيرة تدل
على عدم اعتبار الانشاء بالتقابض فينتج انه يكفي مجرد وصول العوضين والرضا بالتصرف من كل
منهما اورد عليه بان اعتراف المصنف قده بنفي البعد عن ذلك على القول بالاباحة وقد ذكر من
امثلتها اخذ الماء والبقل وغيرهما من الجزئيات من دكاكين اربابها ينافي ما تقدم منه في
الامر الرابع من الاشكال في صحة اباحة جميع التصرفات المتوقفة على الملك ولو باللفظ
بان يقول ابحت لك كل تصرف من دون ان يملكه العين ووجه المنافاة لذلك هو انه اذا
منع افادة اباحة التصرف الموقوف على الملك حتى مع النطق باباحته مع كونه اقوى واولى
بافادته الاباحة فكيف يعترف هنا بافادة الفعل الذي هو وضع الفلوس واخذ الماء
او البقل مثلا لاباحة التصرفات الموقوفة على الملك واقول لا يخفى عليك انه لا وقع لهذا
الايراد لان كلام المصنف في الامر الرابع مسوق لبيان تحقيق المقام ما يقتضيه الواقع في
بيان ان اباحة التصرفات الموقوفة على الملك هل هي امر معقول ام لا وقد اختار
هناك الثاني وكلامه قده هنا مسوق لبيان انه بعد اختيار القول بالاباحة والالتزام به على الوجه الذي
صار اليه الاكثر بابهام حكمهم باباحة التصرفات الموقوفة على الملك لا بعد الالتزام بالصحة فيما اذا المحقق

الرضا ومجرد وصول العوضين من دون تقابض وحق البيع انه لا منافاة بين الحكم بان الاباحة لا تستلزم
صحة التصرفات الموقوفة على الملك وبين الحكم بان لازم ارباب القائلين على الوجه المقرب بينهم من التزامهم
بصحة تلك التصرفات في صورة تحقق التقابض من الطرفين هو التزامهم بصحتها عند حصول
الرضا ومجرد وصول كل من العوضين الى مالك الاخر من دون تحقق التقابض من الطرفين
فافهم فانه واضح بعد ما نبهناك به وان شئت قلت ان كلامه ره هنا ناظر الى جهة اخرى
وهي ان لازم القول بالاباحة هو القول بها في المفروض ايضا مع قطع النظر عن الكيفية فان
الكيفية موكولة الى محل اخر وهو مقام تحقيق ان المعاطاة هل تفيد اباحة التصرفات مطلقا او غير
الموقوفة على الملك منها فاذا كان لازم ذلك القول هو القول بالاباحة هنا فان كل
من قال بالقول به في اباحتها مطلقا او اباحة غير الموقوفة على الملك هنا ايضا يقتضي مذهبه
هذا تمام الكلام فيما يتعلق بمسئلة المعاطاة مما ذكره المصنف ره وينبغي التنبيه على امور الاول
ان ظاهر اطلاق الاصحاب جريان المعاطاة في العقود وغيرها تقتضي صحتها في
الجميع ولم نجد من تعرض لنص بها اثباتا ولا نفيا نعم حكي عن دلائل الاحكام انه حكم فيها
بعدم جريانها في غير العقود وذكر بعض من تاخر ان فيه وجهين مبنيين على ان صحة
المعاطاة ماخوذة من ادلة صحة البيع نظرا الى صدق اسمه عليها او صدق اسمه على
البيع بالصيغة او انها ماخوذة من السيرة والا فمقتضى القاعدة عدم صحتها فعلى الاول
لا تختص بالمعقودات لجريان تلك الادلة فيها وفي غيرها على حد سواء وعلى الثاني تختص بالعقود
لما عرفت من ان المعاطاة قد ثبتت على خلاف القاعدة فيقتصر فيه على القدر الثابت من السيرة
الثاني ان اشتراط امر لفظا في ضمن المعاطاة مثلا ان يعمل العمل الفلاني هل هو على حد الاشتراط
في العقود فيصح ويلزم ام لا الظاهر هو الاول لقوله عم المؤمنون عند شروطهم وهم [illegible] و
الصرف في العوض الا بعد العمل بما اشترط عليه وعن صاحب الدلائل انه حكم بعدم الصحة
فيه انه ان كان المبنى جواز المعاطاة وان الاشتراط في ضمنها ما فيه الحجة عليه المنع من المنافاة

ويظهر

ويظهر وجهه بالرجوع الى الشرط في ضمن العقود الجائزة وان كان المبنى عدم الربط بين القول
والفعل المجعول عليه فلا يشكل ذلك مما لا اعتراض به بعد شمول ادلة الشروط له ومع ذلك فالظاهر انه لا اشكال
في لزوم المعاطاة في ضمن عقد اخر بل في ضمن معاطاة اخرى لما عرفت من شمول ادلة الشروط له الا
ان الشرط في ضمن المعاطاة ان لا يبيع القابض العين الا باذنه او من غيره فلا اشكال في عدم صحة الشرط بناء على الملك
لمنافاة الشرط الذي هو عدم البيع لمقتضى البيع للملكية واما بناء على الاباحة فالظاهر انه لا اشكال في الصحة لان
مآل ذلك الى تقييد الاباحة بغير ان اباح له غير البيع من التصرفات الثالث انه لو اختلف المتعاطيان
فادعى احدهما وجود الملزم وانكره الاخر فهل كان القول قول المنكر لاصالة عدم وجود الملزم
كما عن شرح القواعد من الاستشكال فيه غير سديد لان الاختلاف في الملزم يقع على وجهين
احدهما وقوع الاختلاف بحيث يدعي احدهما وقوع اللازم كالعقد الجامع للشرائط والاخر وقوع
الجائز كالمعاطاة مثلا وثانيهما وقوع الاختلاف في الملزم بعد اتفاقهما على ان الواقع في الاول
ما هو جائز كالمعاطاة فيدعي احدهما تعقبه الملزم بعد وقوعها على وجه الجواز وينكره الاخر
وعلى التقديرين لا اشكال في جريان الاصل المساعد لمقالة المنكر اما على الاول فلاصالة
عدم زوال ملك القابض عما انتقل اليه من الاصول المعتبرة وهي موافقة لمقتضى اللزوم
واما على الثاني فلوضوح جريان اصالة عدم الملزم وتعقبه لها ثم انه ان علم الفسخ ووجود
الملزم واشتبه المتقدم منهما والمتاخر فان علم تاريخ احدهما وجهل تاريخ الاخر بني على
تاخر المجهول التاريخ عن معلومه بناء على اعتبار اصالة تاخر الحادث وان كانا كلاهما مجهولي
التاريخ فمقتضى قاعدة حمل فعل المسلم وقوله على الصحيح هو الحكم بتقدم الفسخ على الملزم اذ في
صورة العكس يكون الفسخ لغوا ثم انه ان ادعى وقوع سبب خاص يترتب عليه اللزوم
فان كان من الامور التي لا تعلم الا من قبله كالاقرار ونحوه قبل قوله بغير بينة ولا حلف
احضارها وان لم يمكنه ذلك بل كان من الامور الواضحة لم يقبل قوله الا بالبينة والحلوف في
الجواهر تقديم قول المنكر وعمم الحكم بالنسبة الى القسمين قال ره في طي كلام له وصحة ذلك

١٢ اشتراط م

لا يخفى ان هذا انما [illegible] ... فلا يجب ان يكون الاباحة بالكلية وانما [illegible] ... ثم يجب ان يقصد المتعاطيان الملك [illegible] ... ذلك [illegible] ... وجوه م

نظير الحال فيما لو اختلفا في حصول سبب اللزوم وعدمه فان القول قول منكره استصحابا
للجواز من غير فرق بين الاطلاق في ذلك والاستناد الى سبب خاص من تلف والتلاف
او عتقه او تصرف ولكن بعض اماراده لا يعلم الا من قبله لا يسقط حق الغير انتهى وانت خبير
بان فتح باب عدم سقوط حق الغير بقاعدة كون المدعي لا يعلم الا من قبله يوجب
سقوط الركون الى تلك القاعدة لان الركون اليها انما هو في مقام تعلق بالمدعى به
حق الغير والا فلا ثمرة في اعتبار الدعوى التي لا معارض لها مغنية عن تلك فى
مع الاشارة الرافع بعض النصوص في تقديم منزلة الكلام على قوله عم انما يحلل الكلام ويحرم
الكلام وقال في دليله كيف كان فلا تخلو الرواية عن اشعار او ظهور ثم ذكر رواية اخرى مشعرة باعتبار
اللفظ في عقد البيع ثم قال هذا مختص بصورة القدرة اما مع العجز عنه كالاخرس فلا حاجة
حيث لم يجعل موضوع المسألة خصوص الاخرس بل جعله العاجز وغير القادر وفي
وتقوم مقام اللفظ الاشارة مع العذر وفي القواعد ولا تكفي الاشارة الا مع العجز وفي
الارشاد ولو تعذر النطق كفت الاشارة وفي التحرير لا تكفي الكتابة ولا الاشارة مع القدرة
ويجزي الاخرس وشبهه الاشارة وفي لك بعد ما حكيناه عن تم ما لفظه كما في الاخرس
بلسانه آفة فانه يكفي في انعقاد بيعه وقبوله الاشارة المفهمة والكتابة على ورق ولوح
او خشب او تراب ونحوها واعتبر العلامة في الكتابة انضمام قرينة تدل على رضاه انتهى
وقال المحقق الاردبيلي ره في شرح ما حكيناه عن الارشاد كما فهم اشتراط الاشارة الا ان اللفظ
انما شرط مع الامكان ومع التعذر يقوم مقامه الاشارة كما في الاخرس ومن بلسانه آفة
فانما عبر له نطق انتهى بلوغ الروضة ويكفي الاشارة الدالة على الرضا على الوجه المعين مع
العجز عن النطق لخرس وغيره ولا تكفي مع القدرة وعن مفتاح الكرامة قد طفحت عباراتهم
بان العاجز عن النطق لمرض وشبهه كالاخرس انتهى ولم نجد من خص الحكم بالاخرس
لكن وقع في الجواهر ما ينبئ عن وجود المخصص حيث قال ودعوى اختصاص ذلك

مقصد في خصوص الفاظ عقد البيع

في خصوص الاخرس كما ترى لما عرفت من ان الحكم ما ظهر خبرا بعد بيان المسألة انتهى وفي كلام بعض
المعاصرين ظاهر المتن ونحوه كما في عبارات اكثرهم او الاكثر عموم الحكم لغير الاخرس كما هو ظاهر
كثير منهم انتهى نعم قال في كشف اللثام في كتاب النكاح والعاجز عن النطق لخرس اصلي
او طار او احدهما اشار بما يدل على القصد للضرورة ولعموم ما ورد في الطلاق وهو ما قطع
الاصحاب ولو وكلا او احدهما كان احوط ولم اجد نصا من الاصحاب فيمن عجز لاكراه
ونحوه انتهى فان ظاهره تخصيص الحكم بالاخرس هناك لانه قيد في اول كلامه العجز
عن النطق بكونه لخرس والحق في آخره وحيث ان نصوص الاصحاب فيمن عجز لاكراه ونحوه
نعم جعل الخرس اعم من الاصلي والعارض ولكن قال في كشف اللثام في كتاب الطلاق ولو عجز
عن النطق لخرس وغيره فكتب ونوى صح انتهى فعمم الحكم بالنسبة الى غير الخرس ايضا
ومستند الحكم في الاكتفاء من العاجز بالاشارة قوله ثم اوفوا بالعقود كما صرح به بعض ناص و
لهذا جعل الحكم المذكور موافقا للاصل والقاعدة وعلله بان عقد الاخرس ونحوه من ذكر
في العجز لسبب عبارة عن اشارته فيتوجه عندها الامر بالوفاء بالعقود اقول قد اشار الى هذا
الوجه الفقيه المحقق الاردبيلي ره فيما حكيناه عنه حيث قال فانما عبر له نطق ولهذا تجب الاشارة
بدل القراءة والتلبية وغيرهما انتهى اقول الامر في القراءة والتكبير وغيرهما كما ذكره الا ان
بينها وبين العقد فرقا من جهة وهي ان الاشارة في القراءة ونحوها الى اللفظ ولهذا لزم هناك
مراعاة ما هو من وظائف تادية اللفظ كتحريك اللسان مثلا وفي العقد الى المعنى
لهذا انفرد عن سائرها بعدم اعتبار تحريك اللسان فيه ولهذا لا يعتبر في اشارة العقد تحريك
اللسان لا يعتبر تحريك الاصبع ونحوها كما صرح به كثير منهم وانما المعتبر ان يأتي بما يدل
على مقصوده الذي هو انشاء البيع كسائر مقاصده التي يبرزها باشارته كما يبرز بها آلة
المتكلم بكلامه هذا وذكر بعض من تأخر انه يظهر انما الفرق بين تخصيص الحكم بالاخرس المقيد
لدليل خاص وبين تعميمه بالنسبة الى كل عاجز استنادا الى القاعدة في الوصية مثلا اذا الم

الموصي على الظاهر ضعف او مرض فعلى الاول لا تقوم الاشارة مقام اللفظ وعلى الثاني تقوم مقامه
اقول هذا مبني على ان حكم العجز مطلقا او خصوص الخرس لا فرق فيه بين البيع والنكاح والطلاق
وغيرها من الابواب ولكن حكم الوصية بخصوصها مما وقع النص عليه عن اهل العصمة عليهم السلام
ففي صحيح الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام ان اباه حدثه عن ابيه ان امامة بنت ابي العاص بن الربيع
وامها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وآله كانت تحت علي عليه السلام بعد فاطمة عليها السلام فخلف عليها بعد
علي عليه السلام المغيرة بن نوفل فذكر انها وجعت وجعا شديدا حتى اعتقل لسانها واتاها الحسن
والحسين عليهما السلام ابنا علي عليه السلام وهي لا تستطيع الكلام فجعلا يقولان لها والمغيرة كاره لما
يقولان اعتقت فلانا واهله فجعلت تشير برأسها لا وكذا وكذا فجعلت تشير برأسها
نعم لا تفصح بالكلام فاجازا ذلك لها وخبر علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام المروي عن قرب الاسناد
سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت او امرأة فجعل اهاليهما يسألانه اعتقت فلانا وفلانا
وفلانا فيومي برأسه او تومي برأسها في بعض نعم وفي بعض لا وفي الصدقة مثل ذلك أيجوز ذلك
قال نعم وفي بعضها هو جائز وقد افتى بمضمونهما وكذا الكلام في كفاية الكتابة في الوصية
مع العجز لما وقع التصريح به منهم بل حكي نفي الخلاف عن التنقيح والاجماع عن الايضاح
وفي خبر سدير عن ابي جعفر عليه السلام قال دخلت على محمد بن الحنفية وقد اعتقل لسانه فامرته
بالوصية فلم يجب فامرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع فقلت له خط بيدك فخط وصيته
بيده في الرمل ونسختها انا في صحيفة وقد يستدل على التعميم بالنسبة الى غير الاخرس ايضا
مضافا الى ما عرفت بان المناط في الاخرس انما هو العجز عن التلفظ فيثبت حيثما تحقق قال
بعض المعاصرين بعد حكاية ما لفظه ولا بأس به مع كونه كالاخرس في دوام العذر وعدم
رجاء زواله عادة كذي الافة ونحوه ولعله مراد من الحق واما الالحاق في المرض والاكراه ونحوهما
مما يزول عادة فلا يخلو عن نظر او منع ودعوى ان المناط هو العجز حين ارادة العقد
عهدة تمامها على مدعيها او هو حجة الا انه باطلاقه مما لا وجه له بل اللازم الحاق ما يزول بعد انتهى

فوات المقصود بالعقد الدائم من كان يحكم بحسب حكم الاطباء بان علاجه الزواج ممتنع مع
اعتقال لسانه بسبب ذلك المرض لا بد وان يغتفر في حقه الاشارة من جهة انه والحكم بوجوب
التوكيل انما يكون بعد النكاح فهو وان كان يرجى الزوال الا انه قبل وقوع السبب المذكور
لا يرجى زواله فهو عنده دائم قبل وقوع النكاح المتوقف على العقد بالاشارة فافهم وفيه
لان الوجوب يقتضي الاشتراط لما فيما نحن فيه هو الاصل نظرا الى ان مقتضى الاصل عدم
سببيته ما شك في سببيته من جهة احتمال اشتراطه بشرط مفقود فيقوى ... بل الحكم
ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الاخرس اه هذا مبني على ما اشرنا اليه من كون الحكم
في جميع الابواب من جهة العجز عن النطق على نسق واحد فيكون مع ان الظاهر
عدم الخلاف في عدم الوجوب نعم قد عرفت فيما حكيناه من عبارة كشف اللثام في كتاب
النكاح ما لفظه ولو وكلا او احدهما كان احوط انتهى وقد وقع في كلام بعض المعاصرين
بعد حكاية كلام المحررة ما لفظه فالقول بوجوب التوكيل على الاخرس ونحوه لما ارسله
بعضهم في غير محله نعم قد يتجه ذلك فيما لا يلحق بالاخرس كالمريض ونحوه مع الحاجة
الى العقد فعلا اقتصارا على المتيقن اذ لا ضرورة اليه مع امكان التوكيل كما هو واضح لكن
عدم ثبوت اجماع على عدم الفرق بينهما في نحوه ذلك انتهى وقد عرفت منا ما يتعلق
قوله ثم لو قلنا بان الاصل في المعاطاة اللزوم بعد القول بافادتها للملكية فالقدر المخرج
صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ مقصوده من هذا الكلام هو الالتزام بان المعاطاة
الصادرة من العاجز عن مباشرة اللفظ كالاخرس ونحوه لازمة وان كانت معاطاة محضة ثانيا
انها ان صدرت من غيره كانت جائزة ثم لا يخفى ان القادر على ايقاع العقد بالصيغة قد يوقعه
بها او بصيغة بحيث تمليك الاعيان او غيرها من العناوين كالاجارة ونحوها في غيره وقد
يوقعه بغيرها مثل مجرد الاعطاء والاخذ ويسمى معاطاة ويوصف الاول باللزوم في
مثل البيع ويوصف الثانية اعني المعاطاة بالجواز عند غير المفيد ومن هذا احدثوا ...

ولعل المراد الاشارة للخصوص الاخرس ... فالظاهر ... وجوب التوكيل ... اه

لكن ثمرة بيعا لم يكن ثمرة مجردا باختيارها عن القادر كالاخرس مثلا فهو بسبب عدم قدرته على احد
القسمين لا يظهر منه الا ما هو على نحو واحد فلذا للانصار تخيير بيعه بالصيغة مثلا من
المعاطاة محل غموض واشكال فقال صاحب الجواهرة في طي كلامه نعم يعتبر وجود القرينة
الدالة على ارادة العقد بها او المعاطاة به ليحصل الفرق بين العقد والمعاطاة في العاجز اذ ينبغي
ان يقع منه القسمان فما قصد فيه العقد بالصيغة فهو ذلك وما قصد فيه المعاطاة بالاعطاء ومحصله
والاخذ فهو معاطاة وهذا هو الفارق بينهما في الواقع والكاشف عن ذلك الخارج انما هو
القرينة الدالة على شيء منهما وقال رحمه الله في طي كلامه بعد ذلك ولكن قد سمعت سابقا اطلاق فتوى
الاصحاب بقيام الاشارة مع مقام العقد من غير اشارة الى بيع المعاطاة وعليه فالشأن في عدم تكون ثمرة بيعا
الله العالم انتهى ومحصله انهم اطلقوا تحقق البيع بالاشارة على وجه يكون كالبيع بالصيغة
من غير اشارة في شيء من عباراتهم الى تبعية الاشارة للمشار اليه من العقد والمعاطاة وذلك
قاض بعدم كون المعاطاة بيعا عندهم والا للزمهم التفصيل المزبور وفهم منه بعض من
تأخر انه اراد به ان الاخرس او من هو بمنزلته لا معاطاة له اصلا والذي افاده كلام الجواهرة
هو ان المعاطاة بالنسبة اليه موجودة الا انها محكوم عليها باللزوم نظرا الى ان الاصل في
المعاطاة لما كان هو اللزوم لما عرفت من الوجوه الثمانية المذكورة في كلامه ولما القدر
المتيقن مما خرج عن الاصل هي معاطاة القادر بقي معاطاة غيره تحت حكم ما دل على
اللزوم فهنا على ما فهمه ذلك البعض وجوه ثلثة احدها ان المعاطاة والبيع بالصيغة
يتقاسمان في العاجز عن اللفظ والفارق بينهما هو القصد في الواقع والقرينة في الظاهر
وهذا هو الذي يعطيه الكلام الاول الذي حكيناه عن صاحب الجواهرة ثانيها
انه لا معاطاة له اصلا نظرا الى ان الشارع اقام اشارته مقام اللفظ وما عدا اللفظة
داخل تحت الاشارة وهذا هو الذي فهم ذلك البعض من كلام صاحب الجواهر الذي
حكيناه عنه ثالثها انه يقع منه المعاطاة كما يقع من غيرها الا ان معاطاته متصفة باللزوم ثالثها

[illegible]

وليست

وليست على حد معاطاة غيره حتى تتصف بالجواز وهو الذي ساق اليه كلامه المحكي عنه قدس سره في ذلك
البعض الوجه الاول واورد على الوجه الثاني اولا بانه مخالف للوجدان فانا نجد انه قد يقصد
البيع اللازم وقد يقصد المعاطاة وثانيا بان الاطلاق من قسم البيع الى الاباحة لازم عقلا
وجاري في غير ثابت حتى يصير دليلا على ان المعاطاة كذلك ليست بيعا ولا عقدا ومن
غيرهم غير مجد لانهم يقولون بافادة المعاطاة فاطلاقهم قيام الاشارة مقام العقد مبني
على مذهبهم وهو القول بالاباحة وهو امر معلوم منهم لا حاجة الى اثباته بالاستدلال
باللوازم الخفية لم يرد صاحب الجواهرة بكلامه الثاني ان العاجز لا معاطاة له وانما
اراد ان المعاطاة ليست بيعا عندهم والفرق بينهما بين فسقط ما اورده ذلك البعض
اولا واما ما اورده ثانيا فهو متجه وقد اختار ذلك البعض على الوجه الثالث وهو ما افاده
المصرة بانه لا وجه للحكم باللزوم مطلقا في بيع العاجز مع ما نراه صريحا من انه قد يقصد البيع
اللازم وهو البيع بالصيغة وقد يقصد البيع الجائز وهو البيع بالاعطاء والاخذ وان
شئت قلت انه قد يقصد لزوم البيع وقد يقصد جوازه ثم انه وجهه بان اللزوم والجواز
من قبيل ما هو حسب من البيع وغيره من المعاملات والعقود وانهما من جملة احكامها
وليسا عنوانين للمأتي به ومن المعلوم ان ما يجب القصد اليه وان ما يعتبر قصده
انما هو العنوان فالبيع عنوان في مقابل الصلح ولهذا يجب قصده حتى انه لو لم يقصد البيع
واللزوم ليس عنوانا للبيع وان كان متصفا به على خلاف الهبة ولهذا لا يجب قصده
ولا اثر للقصد فيه وكذا سائر العقود انواعها كذلك لكل نوع صنف كالسلم ونحوه للبيع وهذا
ايضا لا يجب قصده ولا اثر للقصد فيه ففيما نحن فيه الاخرس او من هو بمنزلته انما قصد
البيع دون اللزوم او الجواز او خصوص عنوان صنف من اصنافه ولو قصد فلا اثر
له والمفروض ان المعاطاة بيع ولذلك كان الاصل فيه اللزوم فاذا خرج معاطاة القادر
عن تحت اصالة اللزوم بقي معاطاة العاجز تحتها ثم رده بان اطلاق العقد في معاطاة

[illegible]

العاجز لا يخلو اما ان يكون من جهة انه لا قصد في معاطاته منه وان حاله حال الطفل الذي هو من
افراده واما ان يكون من جهة اختصاص معاطاة العاجز من بين سائر افراد المعاطاة بعدم
القصد فاما عدها من الافراد مشتمل على القصد واما ما كان القصد الذي لا بد منه في عالم
انما هو القصد الى المسبب والحكم دون السبب فانه لا مجال له لذلك وبعبارة اخرى قصد
اللزوم والجواز مما لا يعتبر ولو فرض انه قصد شيئا لم يكن مؤثرا واما قصد انشاء
البيع بالصيغة بان يقصد باشارته انشاء البيع بالصيغة او قصد مجرد التعاطي بان يعطي
الدرهم على متعارف اعطاء القادر على الصيغة ويكون من قصده التمر به فيعطيه الاخر
اياه بهذا العنوان ولا شك في لزوم القصد اليه والا كان فعلا غير مقصود وهو مما لا يترتب عليه
الاثر فاذا قصد كل منهما ترتب عليه اثره قطعا لان السبب يستلزم مسببه ويتبعه بالضرورة
الاشارة المقصود بها البيع بالصيغة اللزوم ويترتب على البيع بالتعاطي الجواز هذا ولكن
الرد انما يصح ان يواجه به من كان منكرا للقصد في المعاطاة ولا مساس له بكلام المصنف وان ذلك
التوجيه انما يناسب كلام من لم يكن وجه مختاره مذكورا في كلامه وانت ترى ان المصنف قبل
او لا تعرض الكلام على القول بان الاصل في المعاطاة اللزوم ثم بين ان العقد
المنشأ من وجه عن اصالة اللزوم الى الجواز انما صورة فقد شرع المتبايعين على ما شرعه
اللفظ فينتفي معاطاة العاجز من جهة الشك فيها داخلة تحت اصل اللزوم وغاية ما هناك
ان يبقى اي وجه للالحاق بالقدر المتيقن فانه لا يتم الا بعد الشك وهو لا بد من سبق
الالحاق بالمتيقن انما يتم لو لم يكن اطلاق لفظي فنقول ان المخرج للمعاطاة عن اصالة
اللزوم لا يصح ان يكون غير الاجماع وليس له معقد اطلاق لفظي فيرجع الشك الى شموله لمعاطاة
العاجز فيبقى على اصالة اللزوم بعد خروج ما هو المتيقن من معقده وهو معاطاة
القادر وسبب الشك في شموله لمعاطاة العاجز هو انهم ذكروا ان الاشارة من غير
القادر تقوم مقام اللفظ فيحتمل ان يكون المراد قيام اشارته مقام اللفظ

حسن بان
هذا م

اورد

اورده ذلك البعض على المصنف غير وارد لما ان ما اورده على ثاني كلامي صاحب الجواهر ره لا يرد
لانه ره لم يرد استفادة ان المعاطاة ليست بيعا وانما هي اباحة من كلامهم وانما
هذا من ارادة ان الاخرس ومن بمنزلته له معاطاة لما فهمه ذلك البعض فحاصل ما
ذلك ان ليس هنا الا وجهان احدهما ما ذكره صاحب الجواهر ره من انه يتبع في امثال
معاطاته من البيع بالصيغة القصد والقرينة والثاني ان معاطاته لازمة لما ذكره المصنف ره
بناء على القول باصالة اللزوم في المعاطاة والتحقيق انه لا ريب في ان الاخرس ومن
بحكمه قد يصدر منه ما هو المتعارف من القادر اعني وهذا مما يشارك فيه القادر و
ليس مما يعجز عنه الاخرس وغيره حتى يحتاج الى البيان موضوعا او حكما وقد يصدر منهم
الاشارة الى انشاء العقد بمعنى انشائه الذي كان يصدر من القادر باللفظ ومرادهم
بقيام اشارة الاخرس مقام اللفظ انما هو اشارة الى الانشاء فحاصل ما ذكرنا فهنا
امران احدهما ما يشارك فيه العاجز عن اللفظ غيره كالاعطاء فعلا وهو بالنسبة الى
قادر وغير عاجز فيجري عليه ما يجري على غيره من هذه الجهة لكونه داخلا في عنوان
القادر بهذا الاعتبار ولا حاجة الى تخصيصه ببيان حكمه وثانيهما ما هو عاجز عنه
وهو الانشاء باللفظ وهذا هو الذي يحتاج الى البيان والى بيان ما يقوم مقامه
ولهذا لم يتعرضوا لحكم معاطاته لكونه داخلا فيها وتعرضوا لحكم انشائه اللفظي ومن هنا
يعلم سقوط ما ذكره صاحب الجواهر ره من انهم اطلقوا قيام الاشارة مقام العقد من غير اشارة
الى بيع المعاطاة وفيه اشارة الى عدم كونها بيعا وذلك لما عرفت من كونه بالنسبة الى المعاطاة
قادرا لا يحتاج الى البيان مضافا الى ان المقام انما هو مقام البحث عن الصيغة فلا يلزم منه بيان
وبيان ما يقوم مقامها كاشارة الاخرس مثلا ولا مساس للمعاطاة التي هي الاعطاء والاخذ
بهذا المقام وان قيل ان المراد بالاشارة كل ما عدا اللفظ فيشمل الافعال فما قلنا نعم ولكن
كل ما كان من الافعال قائما مقام الانشاء اللفظي يجري عليه حكم اللفظ ويدخل فيما ذكروا من انه

اشارة الاخرس تقوم مقام اللفظ لا لها فعل وكل اشارة كافهم ولهذا قال المحقق الثاني في صيغ
العقود بعدما حكى عنه تكفي اشارة الاخرس الدالة على ارادة صيغ العقود والايقاعات وترتب عليها
اثرها ولظهور بل المعلوم ان ذلك مراد جميع الاصحاب لما جزم به بعضهم وظاهر عبارة الشرايع
وغيرها ما يساعد على ذلك لانه قال ويقوم مقام اللفظ الاشارة مع العذر ومعلوم انه في صورة
المعاملة بالاعطاء والاخذ على ما هو المتعارف لا عذر لعدم عجزه عما هو واحد والظاهر
ان صاحب الجواهر اشار بالكلام الاول الذي حكيناه عنه الى هذا البيان والتفصيل الذي
ذكرناه لك في مقام التحقيق وان كان قد اكتفى هو بالاشارة بعد ان خطر بباله ما عرفته
من البيان والتحقيق وقد عثرت على كلام لبعض المعاصرين ايده الله تعالى يقضي ان الاشارة
الى ما ذكرناه فقال ولعل عدم تعرضهم لمعاطاته لعلمهم من عدم الفرق بينهما فيها بينه وبين
غيره لعدم عجزه عنها كما هو واضح وح فلا يراد من اطلاقهم الاشارة الا الاشارة الى
الصيغة بل ربما يلحق بان معاطاته لازمة وان قلنا بجوازها من غيره فلعل اطلاقهم لذلك
اذ لا فرق بين معاطاته وعقده الا انه كالمقطوع بعدمه لما لا يخفى على من لاحظ كلامهم
انتهى ولو صدرت منه معاملة فشك في كونها معاطاة او معاملة بالصيغة قال
بعض من تاخر تحمل على الاولى لان ما يصدر من الافعال في المعاطاة لا يتعين وقوعها
في المعاملة بالصيغة ويختص بارادة الاشارة للانشاء العقدي فاذا شك فيها فالاصل
عدمها فتامل فان اثبات عنوان المعاطاة الوجودي بمثل ذلك الاصل العدمي لا يخرج
عن المخالفة للقواعد التي حققناها في الاصول نعم ينتفي الاحكام المترتبة على المعاطاة
بالصيغة من غير اشكال فوكس ولكن الظاهر كفاية الكتابة مع العجز عن الاشارة
لفحوى ما ورد من النص على جوازها في الطلاق ففي رواية يونس في رجل اخرس
كتب في الارض بطلاق امراته قال اذا فعل في قبل الطهر بشهود وفهم عنه كما
يفهم من مثله ويريد الطلاق جاز طلاقه على السنة ورواية ابي حمزة الثمالي قال

سئلت

سئلت ابا جعفر ع عن رجل قال لرجل اكتب يا فلان الى امرأتي بطلاقها او اكتب الى عبدي بعتقه
يكون ذلك طلاقا او عتقا قال لا يكون طلاقا ولا عتقا حتى ينطق به لسانه او يخطه بيده وهو
يريد الطلاق او العتق ويكون ذلك منه بالاهلة والشهود يكون غائبا عن اهله بعد حملها
على من لا يقدر على النطق كالاخرس كما جعله في الوسائل من محاملها وان لم تكن جعلها
في كشف اللثام دليلا للقائلين بوقوع الطلاق بالكتابة مع الغيبة كما عن النهاية والقاضي
والكامل وقال في ذيلها وبعد حمله يعني صحيح الثمالي على الضرورة اذ لا شيء يطرد بها العنية
فوكس واما مع القدرة على الاشارة فقد رجح بعضهم الاشارة ولعله لانه اصرح في الانشاء
من الكتابة وفي بعض روايات الطلاق ما يدل على العكس واليه ذهب الحلي هناك والمراد
بالبعض الذي رجح الاشارة هو شارح كتاب المتاجر من القواعد فقد حكى عنه ان الكتابة
متاخرة عنها ووجهه المصنف بانه لعله لكون الاشارة اصرح في الانشاء من الكتابة وفيه ان
حسبان للمنع من ذلك مجالا واسعا ثم لو سلم كونها اصرح لكن في اقتضائه الترتيب بين
الاشارة والكتابة نظر بل منع لان المعتبر من الاشارة انما هي المفهمة في باب الاخرس لا غيرها
وكذلك الكتابة اذ لم تكن مفيدة لم تعتبر فكون الاشارة بنوعها اصرح غير مفيد والرواية
الدالة على العكس عبارة عن صحيحة البزنطي قال سألت الرضا ع عن الرجل يكون عنده امراة
يصمت ولا يتكلم قال اخرس هو قلت نعم ويعلم منه بغض لامرأته وكراهة لها ايجوز
ان يطلق عنه وليه قال لا ولكن يكتب ويشهد على ذلك قلت فانه لا يكتب ولا يسمع
كيف يطلقها قال بالذي يعرف به من فعله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها
قال في كشف اللثام بعد ذكر الخبر وفيه تقديم الكتابة على الاشارة انتهى وقال الحلي
في كتاب الطلاق ومن لم يتمكن من الكلام مثل ان يكون اخرس فليكتب الطلاق بيده
ان كان ممن يحسن الكتابة فان لم يحسن فليومئ الى الطلاق كما يومئ الى بعض ما يحتاج
اليه فيفهم من ايمائه ذلك وقع طلاقه انتهى فقد عرفت مما ذكرناه في المسألة

ويظهر من عبارة المسالك فيما عرفت حكاية انهما ساقا عدم الترتيب بين الاشارة والكتابة يجري مما وقع
منهما ومثله عبارة المحقق الاردبيلي قده في شرح الارشاد حيث قال ومثل الاشارة الكتابة على الورق
والخشب والتراب بحيث يدل على الرضا انتهى والظاهر من كلام صاحب الجواهر قده بل فيها انه لا يبعد ان
المراد بالاشارة كل ما دل على المقصود غير اللفظ حتى الكتابة انتهى وهذا المقدار وان كان لا يثبت
ان الظاهر عدم الفرق في الحكم بين الاشارة والكتابة ولو في الترتيب بينهما نظرا الى انه لم يظهر من صحيحة
البزنطي ان ذكر الكتابة فيها بعد ما ذكر فيها من الفعل المفيد للاشارة انما هو من جهة تقدمها عليها
في الرتبة فيحتمل احتمالا غير بعيد ان ذكرها بعدها انما هو من جهة كونها احد فردي ما يقع به الطلاق
منه فلا يدل الصحيح على تعين تقديم الكتابة على الاشارة ويمكن ان يكون كل منهما علما على قصد الانشاء
به ومن هنا يعلم ان ما حكاه بعض المعاصرين عن ظاهر الاكثر من وجوب ضم الاشارة الى
الكتابة لما حكي عن التذكرة من انه تكفي الكتابة مع تعذر النطق مع الاشارة ونحوه عن النهاية
لا وجه له اذ لا دليل على ضم الاشارة الى الكتابة سواء كان في مرتبة الكتابة قبل الاشارة او بعدها
او كانا متساويين لانه ان كان وجه اعتبار ضمها اليه كون الاشارة اصرح في الدلالة على المعنى ممن لم
يكن للضم بعد في جنب افادة الكتابة للمقصود الذي هو ارادة انشاء البيع بالكتابة وان كان وجهه هو
الكتابة غير مفيدة لكون المقصود بها الانشاء وانه لا بد من ضميمة ما يفيد ان المقصود بها هو
الانشاء فهو لا يدل على تعين خصوص الاشارة وان كان اصل المدعى حقا لان الكتابة قد
يتعلق بها اغراض اخر ولو مثل امتحان المداد والقلم مثلا او حكاية كلام احد سمعه منه
الا ان يقال ان مرادهم بالاشارة مطلق ما يدل على قصد الانشاء بالكتابة كما قيل لا يستظهر من
النهاية فتدبر وليس من الكلام في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ تارة يقع في مواد الالفاظ
من حيث افادة المعنى بالصراحة والظهور والحقيقة والمجاز والكناية ومن حيث اللغة
المستعملة في مقام المعاملة واخرى في هيئة كل من الايجاب والقبول من حيث اعتبار كونه
بالجملة الفعلية وكونه بالماضي وثالثة في هيئة تركيب الايجاب والقبول من حيث الترتيب

والموالاة

والموالاة وتحقيق المقام ان كل عقد يلاحظ فيه جهات ثلث جهة اللفظ وجهة الخطاب وجهة العقد
اما الاولى فلا بد فيها من القصد الى اللفظ ويجري فيه اعتبارات ثلثة اعتباره بحسب الجنس ككونه
عربيا مثلا واعتباره من حيث الصنف لكونه من جنس التكلم في اللغة العربية واعتباره من حيث شخصه
فلا بد من قصده لان المراد بالعقود المامور بالوفاء بها انما هي العقود المتعارفة التي ليست الا عبارة
عما قصد فيه لفظ خاص ولان الاصل عدم حصول النقل والانتقال بغير ما قصد فيه لفظ
خاص فلو تلفظ سهوا بما لم يقصده لم ينعقد به العقد وان كان هو في حد ذاته مما يقع به العقد
الخاص مثال ذلك ان القائل بانعقاد البيع بلفظ ملكت وبعت لو قصد ايقاعه بالاول
فسهى وقال بعت لم يكن مجزيا للاجماع وللقاعدة لان الانشاء الذي قصده باللفظ المقصود
لم يقع والانشاء الذي وقع باللفظ الصادر لم يقصد وكذا الكلام في الالفاظ المتعددة لمعنى
واحد منها بشخصه للانشاء به واتيانه بالالفاظ المتعددة يقع على قسمين احدهما ان يجمع بينها
بالايجاب بان يقول في ايجاب النكاح انكحت وزوجت ومتعت هندا من موكلك زيد
على الصداق المعلوم فيقول صاحبه قبلت وثانيهما ان يوجب باحدها فيقع القبول
بعده بلا فصل ثم يوجب بالاخر فيتبعه قبوله ثم يوجب بالثالث فيتبعه قبوله وهكذا
ثم نقول ان عدم قصد واحد معين يقع على وجوه احدها ان يقصد للانشاء
ما يقع به النكاح الصادق على كل من الالفاظ المتعددة المفروض عدم تعيين بعضها
للانشاء به ثانيها ان يقصد واحدا مرددا بينها ثالثها ان يقصد واحدا معينا عند الله
كونه مما يقع به العقد الخاص وان كان غير معين عنده رابعها ان يقصد الجميع باعتبار
انضمام بعضها الى بعض وان شئت قلت ان يقصد الانشاء بالمجموع من حيث المجموع
الذي يكون كل واحد منها جزءا بهذا الاعتبار خامسها ان يقصد كل واحد بعنوان
الاستقلال وباعتبار كونه كل منها سببا راسا لتحقق العقد والحكم في الجميع انما هو
عدم تحقق العقد اجماعا مضافا الى ان العقد المجموع من حيث المجموع مما لم يجعل له السببية شرعا

بل يمكن ان يقال [illegible] بالاجماع [illegible] باعتبار الاولين
والا فقصد [illegible] الذي [illegible] وحاصل [illegible]
من قصد اللفظ الذي يقع به العقد [illegible]
انما هو قصد الالفاظ واضافة الصيغ [illegible]
قصد الاولين [illegible] على قصد الاولين [illegible]
قصد اللفظ للفظ [illegible] فقد قصد
اللفظ العربي [illegible] الذي هو
من المادة الخاصة فلا يكون
اللفظ الا ما هو مقصود
بخصوصه للانشاء

قطعا انه يستثنى صحة الصيغ المذكورة ما لو قصد كلا منهما مستقلا فانه يصح في القسم الاول من
فسر الجمع بين الالفاظ المتعددة لكن لا بتفسير لها باعتبار ان مجموعها اللفظ الذي وقع
في الايجاب اخيرا فيتصل به القبول ويصح العقد باعتبار ذلك اللفظ الواحد مع قبول المتصل
به فليس الصحة باعتبار كونه قصد الانشاء بكل منهما مستقلا سيما او تاما بل باعتبار حصول السبب بالاول
مع اتصال قبوله به ويلغو ما بعده من الالفاظ لحصول السبب بتحقق سببه المقتضي لعدم
تحققه ثانيا وعدم تاثير سببه الثاني لاستحالة تحصيل الحاصل فرع لو قصد الانشاء
بالاول في القسم الاول بان قال انكحت فزوجت ومتعت من كل من كلمات وقصد الانشاء
بالاول دون الاخيرين وقال صاحبه قبلت لم يصح العقد ومثله غيره مما عدا الاخير فلو قصد الانشاء
بالوسط لم يصح العقد لقيام لوقوع الفصل بين الايجاب والقبول باجنبي وهما الاخيران اللذان
لم يقصد بهما الانشاء وقد صرحوا بكون الفصل مانعا من انعقاد العقد نعم قالوا انه لا يضر
التنفس والسعال وامثال ذلك التخلل للفصل اليسير المغتفر وقد علم من ذلك انه لو قصد
الانشاء في القسم الاول بالاخير صح العقد لاتصال القبول به ولو قصد الانشاء بالاول
في القسم الثاني لم يكن فيه اشكال اصلا لتعينه اللفظ واتصال القبول بالايجاب وسبق ما بعد
هذا الايجاب وهذا القبول من الايجاب والقبول المتاخرين عنهما لغو وان قصد بالمتاخر
الاحتياط بعد قصد الانشاء بالاول وحده وبذلك يظهر انه جاز لما هو الشان في كل احتياط
بعد العمل بمقتضى الفتوى ولو قصد الانشاء بالاوسط او الاخير صح ايضا بشرط ان لا ياتي بالمتقدم
على وجه الترديد والتزلزل لانه يورث التزلزل والترديد في صحة المتاخر فيفسد الا ان يقال ان
الترديد والتزلزل في الاول يوجب بطلانه فيصح الانشاء بما بعده وهذا وجيه لو التفت الموجب
الى هذا المعنى وانشاء العقد بالمتاخر وقد حكى بعض مشايخنا عن المعروف انه كان في عقد
النكاح يبتدئ بعقد فارسي فيقول بزني دادم موكله خود فلانه را بموكل خود فلان بمهر معلوم
ثم ياتي بالعقد العربي ولا يخفى عليك ان المقصود بذلك انما هو الاحتياط ثم اورد عليه بانه

مناف

مناف للمقصود من الاحتياط فيما ذكره لان الاكتفاء بالعقد الفارسي خلاف الاحتياط فمع تقديمه لا يؤتى
به الا على وجه الترديد والتزلزل الموجب للترديد والتزلزل في لاحقه فالاولى لمن يريد الاحتياط
ان يقدم ما يقتضي الفتوى صحته ويقصد به الانشاء ثم ياتي بما يحتمل الصحة على وجه الاحتياط او ان يقدم
مثل العقد الفارسي الذي لا يصح الا في حق من هو غير قادر على العقد العربي فاذا لم يصح الفارسي
من العالم القادر على العربي فكيف يقدم على العربي تحصيلا للاحتياط بل فيه اشكال في
مطلق التكرير في حق لو كان قد اتى بالاول على مقتضى الفتوى لان الاحتياط بالثاني لا يتحقق
الا مع تحقق نوع تزلزل في الاول لكنك خبير بان ما اورده على المعروف ليس في محله من جهة
توجه المنع الى ما ادعاه من انه مع تقديمه لا يؤتى به الا على وجه الترديد والتزلزل لانه قد يكون
على وجه الجزم بصحته من جهة حكم بصحة العقد الفارسي حتى من القادر والمقصود ان الجزم في ذلك
بالنسبة الى عقد النكاح مشكل من جهة ما يحكى من ان الشيخ ره نفى الخلاف عن عدم صحة عقد
النكاح بغير العربي في حق القادر عليه ونسبه العلامة ره في التذكرة الى علمائنا وان المحقق
الثاني ره نفى عنه الريب ثم ان ما استشكله اخيرا من مطلق التكرير ساقط والامر فيه
سهل اذ غاية ما هناك انه يلغو الاحتياط المتاخر وهو لا يمنع من صحة ما اتى به على طبق الفتوى
وقد علم من جميع ما ذكرناه الحال فيما تعارف من تلقين الالفاظ لمن يوقع صيغة النكاح
تعبيرا تارة بنفسها واخرى بالحروف المناسبة لكل منها واما الثانية فيما ثمرة الادب
من توجيه الخطاب الى المخاطب واسماعه اياه على الوجه المتعارف فاتفق من المعاملة
بالنيل الحادث في زماننا بالملل بل الابعد صفا المخاطب الى المتكلم بحيث يلتفت الى مفهوم
كل كلمة واستماعه ينتهي المتكلم الى اخر كلامه فيعقبه بالقبول كما انه لا بد من ان يعرف المتكلم
كل كلمة تجري في العقد فيقصد بها معناها ولا يكفي العلم بان المقصود من مجموع الكلام
المؤلف من الكلمات المتعددة هو المعنى الفلاني ويتفرع على ما ذكرنا انه لو قال
بعت هذا المتاع من ارادة فقال الغير اشتريت او قبلت لم ينعقد البيع لعدم تحقق التوجيه

وكذا لو قال بعت احدكما فقبل لان احدهما مبهم فلا يقبل تعلق الانشاء الايجادي به خاصه
وتحققه نعم يصح تعلق الانشاء الطلبي باحدهما المبهم المردد بان يكون مكلفا او مكلفا به كما في
الواجبات الكفائية والتخييرية ووجه صحته هناك انه يجئ التخيير بعد الطلب فيأتي من شاء
منهما بالمأمور به او يأتي المأمور المعين بما شاء من فردي المأمور به وهذا بخلاف الانشاء
الايجادي الذي لا بد له من متعلق يقوم به في الواقع حال الصدور فافهم واما ثانيا
فالقدر المتيقن الحاصل به ما هو اللفظ العربي الصحيح الصريح الماضي المنجز المشتمل على الايجاب
من البايع والقبول المتأخر المتصل المطابق معنى من المشتري هذا في الخلاف ولا اشكال
فيه بل الاجماع بقسميه عليه ونصوص الكتاب والسنة شاملة له هذا بحسب الاجمال
واما بحسب التفصيل فقد عرفت ان الكلام فيه يقع تارة في مواد الالفاظ واخرى في
هيئة كل من الايجاب والقبول وثالثة في هيئة تركيب الايجاب مع القبول فنقول
اما الكلام من حيث المادة فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات اقول التفصيل تارة من
حيث المادة يعطي ان الكناية في الهيئة مما لا مانع منه وانه ليس محل البحث عند الفقهاء
وليس كذلك وفي ظ وعندنا ان قوله انت مطلقة اخبار عن ماض فقط فان نوى به الايقاع
في الحال فالاقوى انه يقع به وقال بعضهم هو كناية انتهى وقال ايضا فان قال انت الطلاق   قوله
فعندنا ليس بصريح والكناية لا نقول بها وعندهم على وجهين منهم من قال هو صريح
ومنهم من قال كناية انتهى ومعلوم ان الفرق بين قوله انت طالق وبين انت مطلقة
او انت الطلاق ليس الا بحسب الهيئة ضرورة اشتراكهما في المادة ولمرة غير ما ذكرناه
من العبارتين في فصل ما يقع به الطلاق وما لا يقع اكتفينا بما عنها وعن الاتيان في
البحث عن صيغة الطلاق فالمعظم اذا عين الزوجة بلفظ يدل على الشخص وعقبه بطالق
كقوله انت طالق فهو صريح باتفاق الكل والقول بان لفظ الطلاق وكلما يشتق منه
صريح ليس بصحيح لان لفظ الطلاق وبعض ما يشتق منه ليس بانشاء بالضرورة وكل

ما هو صريح

ما هو صريح انشاء انتهى وعندنا يقع لو قال انت من المطلقات او قال انت مطلقة الاصح انه لا يقع وهو اختيار
المحقق والشيخ في ف لانه ليس بصريح لعدم الاشتهار في عرف الشرع فيه ولانه اخبار لغة والنقل الى
الانشاء خلاف الاصل وقال الشيخ ره في ظ انت مطلقة اخبار عن ماض فقط فان نوى به الايقاع في
الحال فالاقوى انه يقع به وهذا ليس بجيد لان هذا اعتراف منه بانه كناية بعد ما ادعاه اذ ذكره
من كلامه ره وفي الروضة في ذيل قول الشهيد ره فلا يكفي انت طلاق ولا من المطلقات ولا
مطلقة ولا طلقتك ولا غيرها قولا مشهورا لانه ليس بصريح فيه ولانه اخبار ونقله الى الانشاء
على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع الوفاق وهو صيغ العقود فاطراده في الطلاق قياس
النص دل فيه على طالق ولم يدل على غيره فيقتصر عليه ومنه يظهر جواب ما احتج به القائل بالوقوع
وهو الشيخ في احد قوليه استنادا الى كون صيغة الماضي في غيره منقولة الى الانشاء انتهى
وقال في كشف اللثام ولو قال انت طلاق او الطلاق او من المطلقات او مطلقة على راي وفاقا
للشرايع وخلافا للمبسوط او طلقتك خلافا لما على راي وفاقا للشيخ لما نسب اليه وهو ظاهر النهاية
وخلافا للمبسوط لم يقع لعدم التصريح اما الطلاق والطلاق فلانه مصدر وهو لا يوصف
بالمصدر الا اذا تجوز به عن الصفة واما البواقي فلظهورها في الخبر وانما اطلق في انشاء
الطلاق مجازا ولعل الفرق بينها وبين طالق بالنص والاجماع او شهرتها في النكاح و
الاحتياط والحصر في النصوص في طالق والا فالكل مشتركة في الكون حقيقة في الاخبار مجازا
في الانشاء ويمكن ان يكون السر في ذلك ان المطلقة بمعنى الموقع عليها الطلاق وظاهره
تقدم الطلاق على اللفظ وتأخره عنه بخلاف طالق فانه لا زمن وطلقتك ظاهره ايقاع الطلاق عليها في
الزمان الماضي لا الحال المناسب لانشاء الطلاق هكذا وفي ظ عن العامة ان من الصريح عندهم
وانت مسرحة وفارقتك وانت مفارقة وطلقتك وانت مطلقة او طالقة وقال وعندنا ان
قوله انت طالق مطلقة اخبار عن ماض فقط فان نوى به الايقاع في الحال فالاقوى ان نقول يكون
انه يقع به ثم قال اذا قال طلقتك نظرت فان قال نويت به الطلاق وقع عندنا به الطلاق وعندهم

[illegible] منه دام ظله العالي ١٣١٢

ذكر النية تأكيداً فان قال نويت بها الطلاق كان صريحاً انتهى وبعضهم مال الى عدم وقوع الطلاق بقوله
نعم في جواب طلقتها لما تعرفه الآن فانه اولى بالصحة من طلقتها اولى بها من طلقت لكونها حقيقة
في الحال دون الماضي ولعل الوجه في تخصيصها بايقاع الطلاق بها هذه العلامة رحمه الله واذا عرفت
ذلك علمت انه يسري الاشكال من هذا الباب الى استعمال صيغ العقود والايقاعات فان
هيئة الجملة الخبرية مجاز في الانشاء الذي لا يبعد استعمالها فيه وبعضهم بها لكن الظاهر
من مذهب الخاصة وقد صرح به بعض الافاضل واما ما حكي عن قواعد الشهيد رحمه الله من قوله انما
صيغ العقود فالصحيح انها انشاءات بحيث يمنع عن الخلاف فيما هو في مقابل ما اشتهر به من قوله وقال
بعض العامة بل هي اخبار بحسب الوضع اللغوي والشرع قدم عدولها لانها قبل النطق بها
لضرورة تصديق المتكلم والاضمار او لحمل النقل وهو تكلف انتهى وتندفع الاشكال
بافادة العلامة رحمه الله في التهذيب بحيث قال في مباحث الحقيقة والمجاز واعلم ان من
المحقق جملة المنقولات صيغ العقود فان الشارع نقلها من الاخبار الى الانشاء والا لزم الكذب
او مسبوقية لها صيغة باخرى ويتسلسل وقال السيد عميد الدين رحمه الله في شرحه ان صيغ
العقود مثل بعت واجرت وتزوجت منقولات شرعية فانها كانت موضوعة لغة للاخبار
فنقلها الشارع الى الانشاء واما الاول فمتفق عليه واما الثاني فلانها لو لم تكن منقولة
عن موضوعها لزم احد الامرين وهو اما الكذب او كون لها صيغة مسبوقة باخرى ويتسلسل
لا الى النهاية والثاني بقسميه باطل فكذا المقدم اما الملازمة فلانه اذا قال بعت فاما
ان لا يكون قبل هذه الصيغة اخرى فيلزم الاول وهو الكذب اذ لا يتحقق بدون
صيغة وفاقا واما ان يكون ويلزم الثاني وهو التسلسل لانا ننقل الكلام الى تلك
الصيغة السابقة وما قبلها الى غير النهاية واما بطلان الاول فلان الكذب لا عبرة به ولا
يترتب عليه حكم شرعي واما بطلان الثاني فلما بين في علم الكلام انتهى ولكن لا يخفى
عليك ما فيه لانه لا يفيد تعيين النقل الشرعي فان المحاذير المذكورة انما تندفع بنقل

الشارع

Marginal note:
وفي لائف شرح ... وان لا ينعقد الا بلفظ الماضي لما في العقود ما اللفظ والغرض ليس هي الاخبار وانما هذه الصيغ منقولة شرعاً من الاخبار الى الانشاء والماضي الصق بمعناه
منه دام ظله

الشارع لها الى الانشاء لا لذلك تندفع باستعمالها مجازا عرفا وشرعا في الانشاء وبصيرورتها
حقيقة فيه عرفا وبما عرفته من بعض العامة انهم من كونها اخبارا عما في الضمير والعام
لا يكذب الخاص مضافا الى ان الاصل عدم النقل ولا دليل على ثبوته بعد بطلان ما ذكر من
الدليل فلا وجه للالتزام به وقال بعض المعاصرين ايده الله تعالى في طي كلام له عند البحث
عن انعقاد البيع بلفظ شريت ان ظاهر كلام كثير منهم اعتبار كونها من المنقولات الشرعية الى
الانشاء المزبور او من المنقولات اللغوية اليه ايضا وكونها بان يكون قد استعملها اهل اللغة في
الانشاء مع امضاء الشارع كذلك وقد يعبر عن ذلك بالنقل الشرعي بل لعله مراد الجميع
والا فلا يصح العقد بها وان لم تكن مجهورة فيه ايضا هذا كلامه ولا يخفى ما في الالتزام بالنقل مطلقا
مع كونه خلاف الاصل وعدم قيام الدليل واشنع من ذلك دعوى تسمية النقل
اللغوي الذي امضاه الشارع نقلا شرعيا خصوصا بالنسبة الى كلام الجميع هذا وقال
الشهيد الثاني رحمه الله في تمهيد القواعد صيغ العقود كبعت واشتريت والفسخ كفسخت والايقاع
كقول القاضي حكمت اخبارات في اصل اللغة وقد تستعمل في الشرع ايضا كذلك فان استعملت
حكم كانت منقولة الى الانشاء عندنا والفارق القصد ودلالة القرائن الحالية والمقالية
ولو حصل الشك في ارادة احدهما فالاصل يقتضي بقائه على الاخبار وعدم نقله انتهى وحكي
قال في التذكرة الرابع من شروط الصيغة التصريح فلا يقع بالكناية بيع اه اعلم انه قال
في التذكرة ما نصه صيغة الايجاب بعت وشريت او ملكت من جهة البائع والقبول
من المشتري قبلت او ابتعت او اشتريت او تملكت ولا يشترط الاتحاد اجماعا فيقول
البائع شريت فيقول المشتري تملكت ثم قال ويشترط امور وساق الكلام في ذكرها
الى ان قال الرابع التصريح فلا يقع بالكناية مع النية مثل ادخلته في ملكك او جعلته لك
او خذه مني بكذا او سلطتك عليه بكذا اه وتمثيله رحمه الله للكناية بمثل قوله ادخلته في ملكك اه
مع عدم كونه مجازا في البيع دون المجازات يعطي ان مراده بالصريح ما كان موضوعا

لعنوان ذلك العقد لغة او شرعا وعلى الكناية ما افاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع فيفيد ارادة
نفسه بالقرائن كما استظهره المصرة من جماعة لكن يتجه عليه ره سؤال وهو انه بعد ما حصر
صيغة الايجاب في بعت او شريت او ملكت يلتفع عنه بما ان سلمنا ما كان فلا يبقى صيغة
للايجاب الا هذه الثلثة وهي امور مخصوصة لا معنى لذكر الشرط لها لانها انما تكون صحيحة
لم يكن لذكرها صيغا للايجاب فتعين انها صحيحة وليست امور كلية يتصف بعض
افرادها بالصراحة وبعضها بعدمها حتى يحترز بذكر الشرط عن فاقدها فيعود ذكر
هذا الشرط لغوا وان كان ذكر ساير الشروط التي ذكرها ليست لغوا لعودها على الاقتضا
كتقديم الايجاب او كونها على هيئة الماضي والجواب ان ذكر الشرائط انما هو لصيغة
الايجاب مع قطع النظر عن انحصارها في الثلثة ثم ان المحصى فيها انما هو من جهة اعتقاده
بان عنوان الصراحة لا يوجد الا فيها ولا ينطبق الا عليها وعلى هذا فلا يكون القول
بكون صيغة الايجاب عبارة عن الثلثة المذكورة ره بقوله في مقابل القول بانه يعتبر في صيغة
البيع لفظ موضوع لعنوان ذلك العقد فانه على الثاني ان الاول مصداق للثاني فعله
في الاول في مقابلتها فعله بعض من تاخر لا وجه له وكذا على القول بلزوم الاكتفاء بلفظ بعت
في مقابل القول الثاني كما فعله ذلك البعض ايضا لا وجه له نعم بعد اختيار القول بان
العقد لا بد وان يكون نصا صريحا بالمعنى المذكور يكون لوضع الخلاف في المصداق وجه
بان يقول بعضهم ان اللفظ الموضوع لعنوان البيع بحيث يستفاد من نفس اللفظ
الدلالة عليه انما هو خصوص لفظ بعت ويقول الاخر بل هو لفظ شريت ويقول الثالث
بل هما ولفظ ملكت وهكذا ولله در المصرة حيث ساق الكلام اولا في العنوان
الكلي المعتبر في صيغة البيع ثم عقبه بالكلام في المصاديق بقوله اذا عرفت هذا فلنذكر
الفاظ الايجاب والقبول منها لفظ بعت اه فوكس ... وغاية المراد اه ذكر صيغها
عند قول العلامة ره في الارشاد ولا ينعقد بالكناية ما نصه يريد ان البيع لا ينعقد بالكناية

عنه

عند بعد اللفظ المتفق عليه كبعت وملكت وشبههما ومثال الكناية ان يقول له ادخلته في ملكك
او جعلته لك بكذا او خذه بكذا وسلطتك عليه واعطيتك اياه بكذا فيقول المشتري اخذت
به او امضيت وتسلطت انتهى ولعله اراد باللفظ المتفق عليه ما كان متفقا عليه بين اهل
التعارف فهم متفقون على استعماله فيها وارادته منه لان ذلك لازم لكون اللفظ
موضوعا لعنوان البيع لا ما كان وقوعه به متفقا عليه بين الفقهاء اذ ذلك مما لم
بالصراحة فيرجع الى ما استفيد من كلام العلامة ره في التذكرة بعد تفسير الصراحة بما
استظهره المصرة من جماعة هذا واعلم ان الذي يستفاد من كلام المصرة بعد التدبر فيه
انه في العنوان الكلي المعتبر في عقد البيع بل غيره من العقود امران احدهما ان يكون صريحا
بمعنى كونه موضوعا لعنوان العقد فيخرج المجازات وكذا الكنايات التي هي ذكر اللازم
وارادة الملزوم وان كان وقوعها على وجه المجاز كما عرفت من مثل ادخلته في
ملكك وغيره فان الاعطاء بالعوض والادخال في ملك الغير بعوض ونحو ذلك ليست
بحازاة البيع وانما هي عناوين منطبقة وصادقة عليه على حد انطباق الخاصة المركبة
على ذي الخاصة كالطائر الولود للخفاش فانه ليس موضوعا له بعنوانه الخاص لكنه يصدق
وينطبق عليه لا على وجه الاستعمال المجازي فالكناية في كلامهم المذكور في مقابل الصريح
ليست مثلا منه للمجازية والصريح بالمعنى المذكور يشمل المشترك اللفظي المقرون
بالقرينة المعينة لصدق وضعه لعنوانه ويؤيده انه لا خلاف في اشتراكه بين البيع و
الشراء كما سيجيء انه من الاضداد ثانيهما ان يكون حقيقة ويكون هذا التعبير احترازا
عن المجازات ولهذا فرع عليه المصرة عند الاشارة اليه قوله ولا ينعقد بالمجازات
حتى صرح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب والبعيد ولا ينافي هذا الاحتراز
عما كان من انواع غير الصريح لا يندرج في عنوان المجاز كالاعطاء بالعوض والادخال
٢ المشترك ح في ملك الغير ولكن الحقيقة باطلاقها شاملة لما اذا كان من قبيل اللفظ فلا ينافي بما

عنه ولعل القائل به يلتزم بجواز استعماله في العقد مع حالة كيفية الاستعمال في المتعارف بان
يكون مقرونا بقرينة معينة كما في الجواهر عن مصابيح العلامة الطباطبائي ره انه لا خلاف
بينهم في وصفها للمعنيين فيصح استعمال كل منهما في الايجاب والقبول على الحقيقة
قال ولا يقدح الاشتراك والا لامتنع الايجاب بالبيع ولا ظهور صحتها فانه اشهر معنييه ما لم [illegible]
القرينة المعينة لغيره وهو وقوع البيع من المشتري والشراء من البايع انتهى كما انها شاملة
للمشترك المعنوي لكنه اذا اريد البيع على وجه الخصوص حيث كان مجازا فيصح الاحتراز واذا
اريد المعنى العام لم ينعقد البيع لان العقود تابعة للقصود والمفروض عدم القصد اليه على
وجه الخصوص ثم التحقيق انه يكفي كل لفظ له ظهور عرفي معتد به في المعنى المقصود فلا فرق
بين قوله بعته وملكته وبين قوله نقلته الى ملكك بكذا او جعلته ملكا لك بكذا وهذا
هو الذي حكاه المصرح عن جماعة وهذا يشمل الحقيقة المختصة والمشتركة لفظا المقرونة
بقرينة معينة والمشتركة معنى المقرونة بالقرينة المفهمة والمجازات الجارية على قانون
الاستعمال الصحيح التي منها استعمال الخاص في العام كاستعمال السلف في مطلق البيع
كما قيل فيجري فيه ما قيل في الطلاق المشهور على السنة الانسان فافهم ويجوز ان يكون
من استعمال المباين في المباين بعلاقة المشابهة رابعها التفصيل بين المجازات القريبة
والبعيدة فيصح العقد بالاولى كما يصح بالحقيقة بخلاف الثانية وهذا مما افاده المحقق
الثاني ره في باب السلف قال ره عند قول العلامة ره في القواعد والاقرب انعقاد
البيع بلفظ السلم فيقول اسلمت اليك هذا الثوب في هذا الدينار اي يقول ذلك
البايع فيكون المسلم هو المبيع والمسلم فيه هو الثمن ووجه القرب ان الايجاب في
البيع يصح بكل ما ادى ذلك المعنى المخصوص كما سبق صحته بملكتك كذا بكذا ولا ريب
ان السلم اقرب الى البيع من التمليك لانه نوع في الحقيقة فاذا انعقد بالابعد فبالادنى
المعنى المراد فبالاقرب اذا اداه اولى ويحتمل ضعيفا البطلان لان ذلك مجاز بالنسبة

الى البيع الذي ليس سلما والعقود اللازمة لا تثبت بالمجازات وفيه منع لانا قد بينا ان
ايجاب البيع يصح بكل لفظ ادى ذلك المعنى كما في ملكتك وهذا اقرب في التادية كما
قلناه في نظائره فيصح بلفظ الخلع والكتابة لانا نقول هذان لا يتاديان بهما معنى البيع الا
بتكلفات وقرائن اجنبية وهما حقيقتان في معنى اخر ومجاز في البيع من ابعد المجازات
والمجاز لا ينعقد به البيع كما قررناه انتهى ره قال في باب عقد النكاح في ذيل البحث عن وقوعه
بلفظ متعلق ما الفظ وقد سبق في البيع ان الاصح وقوعه بلفظ السلم وذكرنا توجيهه هناك
وبينا ان عدم الصحة انما هو مع استعمال الالفاظ المجازية الاجنبية وهذا اقوى انتهى
خاصيتها انه يصح العقد بالحقائق وبالمجازات التي قرائنها الفاظ مستعملة في معانيها
الحقيقية حتى انها صارت سببا لافادة المجازات لمعانيها وبالمشترك اللفظي انما اذا
كانت قرينته المعينة للمعنى المراد لفظا مستعملا في معناه الحقيقي ولا يصح بغيره للاصل
المجاز والمشترك اللفظي اللذين قرينتهما من قبيل القرائن الحالية والامور العقلية
ومثلهما المشترك المعنوي هذا هو الذي يحتمله المصرح وحمل كلام القائلين باعتبار الحقيقة
دون المجاز عليها هو اعم من ان يكون الدال ابتداء على معنى العقد هو اللفظ الحقيقي
وان يكون امر الدلالة ينتهي اليه بان يكون قرينته والسر في الترجيح ان المناط هو اعتبار
الدلالة اللفظية المعتد بها عرفا في العقود وكما ان دلالة الحقيقة الواضحة على معناها
بالظهور المعتد به كذلك دلالة المجاز الذي قرينته لفظ مستعمل في معناه الحقيقي ودلالة
المشترك اللفظي المقرون بالقرائن الغير اللفظية متفاوتان كما ظاهر في معتبر الظهور ربما
الا ان ظهورهما ليس من ظهور الدلالة اللفظية وقد عرفت ان المعتبر انما هو الدلالة
اللفظية والظهور اللفظي وهذا هو الذي ذكره المصرح بقوله ولعل الاحوط منه ان يراد
اه ويحكى عن بعض مشايخنا قول سادس وهو التفصيل في قرائن المجازات بين اللفظ الحقيقي
وغيره بعد التفصيل بجواز المجاز القريب وعدم جواز المجاز البعيد فيفصل في المجاز القريب

بين ما لو كانت قرينة لفظا حقيقيا وبين ما كانت غيره ظاهرا يجوز ولكنا لم نجد من تعرض لذلك وسئلنا الحاكي لم
يعرفه قولا لاحد والمراد بالصريح كما يظهر من عبارة جماعة من الخاصة والعامة في باب الطلاق
وغيره ما كان موضوعا للعنوان ذلك العقد لغة او شرعا ومن الكناية ما افاد لازم ذلك العقد
لغة او شرعا بحسب الوضع فيفيد ارادة نفسه بالقرائن وهي عندهم على قسمين خفية وجلية
اعلم قد اختلف في كلمات الفقهاء في تفسير الصريح والكناية التي جعلت مقابلة له على وجوه
احدها ان الكناية ما يتوقف وقوع معناه على النية ويقابله الصريح وهو ما لا يتوقف وقوع
معناه على النية وهو ظاهر كلام السيد رضه في الانتصار في مقام الحكاية عن العامة وظاهره
انه لم يخالفهم في الاصطلاح فانه قال في الانتصار ومما انفردت به الامامية ان الطلاق لا يقع
الا بلفظ واحد وهو قوله انت طالق ولا يقع بفارقتك وسرحتك ولا باعتدي وحبلك على
غاربك وخلية وبرية وبتة وبتلة وكل لفظ عدا ما ذكرناه واختلف الفقهاء في الفاظ الطلاق
فقال ابو حنيفة لفظ الطلاق الصريح ما تضمن الطلاق خاصة والباقي كنايات ويقع الطلاق
بها الا مع مقارنة النية لها ويقع مع ذلك ما نوى به وقسم الكنايات الى قسمين ظاهرة نحو
قوله خلية وبرية وبتة وبائن وبتلة وحرام والكنايات الباطنة نحو قوله اعتدي واستبرئي
رحمك وتقنعي وحبلك على غاربك الى ان قال والحجة لما ذهبنا اليه بعد اجماع الطائفة ان
الطلاق يتبعه حكم شرعي لا يتبعه الاباحة للاشرع ولا خلاف في وقوعه باللفظة التي ذكرناها
وما عداها من الالفاظ لم يقم دليل على وقوعه بها فيجب نفي وقوعه لان الحكم الشرعي لا بد من
نفيه اذا انتفى الطريق اليه وايضا فان الفاظ القرآن كلها واردة بلفظ الطلاق مثل قوله تعالى
يا ايها النبي اذا طلقتم النساء وما اشبه ذلك وطلقتم مشتق من لفظ الطلاق دون غيره من
الالفاظ فينبغي ان لا يتعلق الحكم الا بهذا اللفظ فان قيل معنى طلقتم فارقتم والفراق
قد يكون بالفاظ مختلفة قلنا هذا خلاف الظاهر لان لفظ طلقت مشتق من حروف منه
طاء ولام وقاف كما ان ضرب مشتق من حروف فيه ضاد وراء وباء ومن فعل ما فيه معنى الضرب

لا يقال

لا يقال ضرب بكذا لانه لا يقال فيمن فعل ما فيه معنى الطلاق طلق فان قيل لفظة الطلاق شرعية
قلنا معاذ الله هذه لفظة لغوية معروفة في خطاب اهل اللغة وانما يتبعها احكام شرعية
لا تعرف في اللغة انتهى والغرض من ذكر هذا الكلام انه اعني العامة ارادوا بالصريح ما لا يتوقف
وقوع الطلاق به على النية وبالكناية ما يتوقف وقوعه به على النية وان اختلفوا في تعيين
الصريح فقصره ابو حنيفة على ما اشتمل على مادة الطلاق وجعل الشافعي ثلثة وانه لم يخالفهم في
الاصطلاح وان خالف بعضهم في الحكم مستندا الى ما هو تقرير للاصطلاح وليس فيه
نفي له وان كان اصل كلام السيد رضه لا يخلو عن المناقشة خصوصا قوله ومن فعل ما
فيه معنى الضرب لا يقال ضرب فانه مما لا يعقل معناه والحاصل انهم ذكروا ان الكناية
ما يحتاج الى النية وهو اخص من اللفظ الموضوع لعنوان العقد لان اللفظ المشترك
بين عنوان العقد وغيره يصدق عليه انه يحتاج الى النية ولا يصدق عليه انه ليس موضوعا
لعنوان العقد من وضع وضع له وان وضع لغيره ايضا والوضع للغير لا يقتضي عدم صدق
كونه موضوعا لعنوان العقد وهو ظاهر والغرض تقرير الاصطلاح والا فالحكم اعني وقوع
العقد بغير نية مما لا نقول به واوضح من ذلك عبارة الشيخ في حكايته عن بعضهم حيث قال
صيغ الطلاق عندنا لفظة واحدة وهو قوله انت طالق او هي طالق او فلانة طالق ويحتاج
الى مقارنة النية له فان تجرد عن النية لم يقع به شيء ولا يقع شيء من الكنايات طلاق نوى او لم ينو
بحال وقال بعضهم صريح الطلاق ما وقع الطلاق بمجرده من غير نية والكناية ما لا يقع الطلاق
الا بنية انتهى ما اهمنا ذكره من كلامه ثانيها ان الكناية ما كان محتملا لغير المقصود و
يقابله الصريح فهو ما لم يكن محتملا لغير المقصود قال في المسالك الكناية في الطلاق هي اللفظ
المحتمل للطلاق وغيره كانت مطلقة وانت خلية وبرية وبائن ونحو ذلك ويقابله الصريح
وهو ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق وهو عند العامة لفظ الطلاق والسراح والفراق وما
اشتق منها واطبقوا على وقوعه بالكناية مع نية الطلاق واطبق اصحابنا على عدم وقوعه

به مقرحي بجميع الفاظ الكناية ولكن اختلفوا في كلمات مخصوصة هي من جملتها وقد تقدم بعضها
وسيأتي منها بعض اخر والفرق بينها وبين غيرها لا يخ عن تكلف انتهى وفيها عن فخر المحققين ره
وبوقوع الخلية او برية آه هذه الكلمات كلها كنايات عن الطلاق وليست صريحة فيه لاحتمالها لما في
لغيره فانه يحتمل انه تكون خلية من شئ اخر غير النكاح او برية كذلك الا في الالفاظ فلذلك لم يقع
بها الطلاق عند اصحابنا خلافا للعامة اجمع حيث حكموا بوقوعه بها مع نيته هذا ما اهتما في
للاصرة وفي الجواهر انه لا يقع الطلاق بالكناية عندنا التي هي اللفظ المحتمل للطلاق وغيره وان
وان اريد به بلا خلاف اجده بل الاجماع بقسميه عليه انتهى ثم ان احتمال اللفظ الذي اريد
به الطلاق البيع مثلا على ما هو عنوان البحث هنا لغير ما اريد به فقد يكون من جهة كون اللفظ
مجازا في البيع وقد استعمل فيه لفظ على وجه التجوز وقد يكون من جهة كون اللفظ قد استعمل في
اللازم لينتقل منه الى الملزوم الذي هو البيع فيكون احتمال غيره من جهة كون اللازم هو
المقصود بالذات او كونه قد استعمل في عنوان عام من حيث انطباقه على البيع نظير استعمال رجل في جائني
رجل فقد يكون اللفظ مستعملا في البيع على مذهب الوجهين فلا يكون استعماله على وجه التجوز وقد
يكون من جهة كون اللفظ مشتركا بينه وبين غيره فالمراد وان كان هو البيع لكنه يحتمل
لغيره من حيث كونه موضوعا لهما على وجه الاستقلال والانفراد وبهذا التعريف للكناية وان
وان كان هو ظاهر كلام المصرح به من الجماعة من كون اللفظ غير موضوع لعنوان العقد يتصادقان
فيما على القسم الاخير الا انهما يفترقان فيه فانه وان كان يصدق على المشترك انه يحتمل لغير المعنى
المقصود لكنه لا يقال عليه انه لم يوضع لعنوان العقد ضرورة كونه وضع له اصلا وضعه
وكذا يفترق التعريفان للصريح في المشترك لانه لا يصدق عليه انه غير محتمل لغير المراد لا احتماله
له من حيث كونه احد معنييه ويصدق عليه انه قد وضع لعنوان العقد فلا يكون ثانيهما لما ذكره
نقلا عن ظاهر جماعة من ان الكناية ما افاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع وافاد ارادة
نفس ذلك العقد بالقرائن ويقابلها الصريح فهو ما كان موضوعا لعنوان ذلك العقد لا الحد

صرح

صرح بهذا التعريف واعترف المصرح بكونه ظاهر جماعة ولم تدع صراحة كلماتهم في ذلك لما في الظاهر
من جامع المقاصد ذلك قال ره في كتاب النكاح محتجا للقول بانعقاد عقد النكاح بلفظ متعت
ما لفظه لان المتعة من الفاظ النكاح لكونه حقيقة في النكاح المنقطع فيكون من الفاظ الصريح في
النكاح وكون الاجل جزء من مفهومه فيكون استعماله في النكاح الدائم مجازا عن هادم لانه
هذا القدر من التفاوت لو سلم لم يصح الدائم بلفظه وجنسه لان الزواج حقيقة في القدر
المشترك بين الدائم والمنقطع واستعماله في الدائم استعمال له في غير موضوعه فان قيل
لا يستفاد من قوله وجنسه بل من تجريدها لعقد عن ذكر الاجل مع ارادة الدوام قلنا
فان كان هذا كافيا مع عدم اللفظ في افادة الدائم فليكن مثله مع الايقاع بلفظ متعتك
هنا كلامه ره وذلك لان تفريع كون لفظ متعت من الالفاظ الصريحة في النكاح على كونه
حقيقة في النكاح المنقطع يعطي دوران الصراحة مدار الوضع للعنوان ولكن لا يخفى
ان مراد المصرح ره على ما حكاه من الوضع للعنوان نحو ان كان هو ما ذكره ره في مثل هذا الكلام الذي
عرفته من المحقق الثاني ره فلا بد من ان يكون اعم من الوضع له بخصوصه ومن الوضع لما
هو اخص دون ما هو اعم منه وذلك لان العام لم يلحظ في الوضع الخاص تفصيلا فلا في
الخاص فانه لا يلحظ عند الوضع للعام واما قلنا انه لا بد من التعميم لان متعت موضوع
للنكاح المقيد بالزمان كما صرح به وبعدم منافاته وعن هذا الباب صح استعمال لفظ السلم
في مطلق البيع كما اختاره هو ره وجماعة محتجا بمثل استعمال نقله الملك في البيع ثم ان كون
هذا التعريف ناظرا الى نفس القول المستعمل في الانشاء مع قطع النظر عما ينضم اليه ظاهر لانه
اعتبر فيه الوضع لعنوان العقد وهو انما يلاحظ بالنسبة الى المفرد دون المركب الملتئم
من الفاظ متعددة بعضها يصير قرينة للمراد بالاخر والظاهر ان المراد بالتعريف
الاول ايضا ذلك لان قول القائل بالاول ان الصريح هو القول الذي استعمل في
انشاء العقد بحيث يكون مفيدا للعقد بدون النية لا ما يلتئم منه ومن متعلقاته

وكذا المراد بنفي الاحتمال في التعريف الثاني لكن اعتبار هذا الشرط في المعرب الكامل بجامع معنى العقد
مما يطلب مدعيه بالدليل لجواز انشاء البيع بلفظ ملكتك بصيرورة انشاء المدعي التمليك
نفسه مع قطع النظر عن متعلقه انه اعم من البيع والاجارة وغيرهما وان اريد الاعم من انتفاء
الاحتمال بحسب اصل مادة الفعل المستعمل في انشاء العقد وانتفائه بحسب انضمام القرائن اتجه
الاشكال من جهة تجويز عقد البيع بلفظ ملكتك دون ادخلته في ملكك هذا ويمكن ارجاع
التعاريف كلها الى معنى واحد وهو كون اللفظ الذي انشئ به العقد بنفسه من قبيل المحكم
المعنى ونفي الاحتمال نفيه عنه بخصوصه وصحة ايقاع العقد به بقرينة لكونه بحيث يصح
افادته للمعنى المقصود فافهم ٢ ثم انه يبقى في المقام شيء وهو ان مقتضى ما ذكره المصره في التعريف ٢ وان لم يكن بنية م
للصريح وهو ما كان موضوعا لعنوان ذلك العقد شمل مثل صيغة المضارع المستعملة في انشاء البيع
والطلاق او غيرهما مثل ابيعك او اطلقك او انكحك وغيرها لان المضارع ايضا موضوع لعنوان
العقد وكذا الحال في مثل طلقتك بصيغة الماضي ولا يرد هذا الاشكال على ظاهر قول
الشهيد الثاني قده من ان الكناية في الطلاق هي اللفظ المحتمل للطلاق وغيره كالطلقة وانت خلية اه
لان التمثيل بلفظ طلقتك قرينة على ان المراد بالطلاق في قوله المحتمل للطلاق هو انشاؤه
على الوجه الصحيح وقد تقدم تمام الكلام عند قول المصره اما اللزوم من حيث المادة فقد ثم علم وقوع
العقد بالكنايات قوله والذي يظهر من النصوص المتفرقة في ابواب العقود اللازمة والفتاوى
المتعرضة لصيغها في البيع بقول مطلق وفي بعض انواعه وفي غير البيع من العقود اللازمة
الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتد به اه قد ذكرنا جملة من الاخبار المتعلقة بالبيع عند
استظهار المصره في باب المعاطاة اناطة اللزوم باللفظ الدال على المقصود سواء كان
من قبيل الصيغة الخاصة ام غيرها ومن جملة ما ورد في غير البيع ما في الوسائل في كتاب الصلح
عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع انه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه
ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك

ولي

ولي ما عندي فقال لا بأس بذلك اذا تراضيا وطابت انفسهما وعن الحلبي عن ابي عبد الله ع
في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه وكان من المال دين وعليهما دين فقال احدهما لصاحبه اعطني رأس
المال ولك الربح وعليك التوى فقال لا بأس اذا اشترطا فاذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو
رد الى كتاب الله وفي كتاب المساقاة عن يعقوب بن شعيب عن ابي عبد الله ع قال سألته
عن رجل يعطي الرجل ارضه وفيها ماء او نخل او فاكهة ويقول اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف
ما اخرج الله عز وجل منه قال لا بأس قوله وحكاه في الكفاية عن بعض مشايخه المعاصرين وظهر منه
الميل اليه من جهة مساعدة الدليل عليه قال بعد قول المحقق قده ولا يكفي التقابض من غير لفظ
هذا هو المشهور بين الاصحاب بل لا يكون اجماعا غير ان ظاهر كلام المفيد قده يدل على الاكتفاء
في تحقق البيع بما دل على الرضا به من المتعاقدين اذا عرفاه وتقابضا وقد كان بعض مشايخنا
المعاصرين يذهب الى ذلك ايضا لكن يشترط في الدال كونه لفظا واطلاق كلام المفيد اعم منه
والنصوص المطلقة من الكتاب والسنة الدالة على حل البيع وانعقاده من غير تقييد بصيغة
خاصة يدل على ذلك فانا لم نقف على دليل صريح في اعتبار لفظ معين غير ان الوقوف مع المشهور
اجود انتهى وقد استفيد منه مضافا الى ما ذكره المصره من نقل القول بكفاية كل لفظ افاد
معنى البيع امور ثلاثة ميله الى هذا القول وان المشهور خلافه وان الدليل عليه هو عمومات
الكتاب والسنة بعد المنع من كون الفاظ العقود توقيفية لكن هذا الاستدلال انما يتم
على تقدير القول بكون قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله تعالى احل الله البيع وغيرهما من
العمومات الثابتة في الشرع مبينة وح فيؤخذ باطلاقها نظرا الى صدق البيع والعقد على
التعاهد والبيع بالصيغة اي صيغة كانت كما هو مذهب جماعة واما على تقدير الالتزام باجمالها
فلا يتم الا الاخذ بالقدر المتيقن وهو اللفظ الموضوع لعنوان العقد بخصوصه وسيجيء
الكلام على كون العمومات مجملة او مبينة وعلى تخصيص مصداق اللفظ الموضوع لعنوان
البيع انتهى قوله بل هو ظاهر العلامة ره في التحرير حيث قال ان الايجاب هو اللفظ

٢ في حديث م

وقد ذكرنا ... عند ... الا ... باللفظ ... العقد ... مما ... بالوضع ... الفقيه ... تحقق ... كفاية ...

قد وقع الفراغ ... في ... الاول ... سنة ١٣١٢ ... النبوية

الدال على النقل مثل بعتك او ملكتك او ما يقوم مقامهما اورد عليه بعض من تاخر بان هذه العبارة
لا دلالة لها على جواز العقد بكل لفظ مفيد لمعنى البيع لان لفظة ما يقوم مقامهما اشارة الى
خصوص شريت فان ويلتزم في عبارة من ذكر بعت وشريت وعطف عليهما لفظ نحوهما
او شبههما او ما قام مقامهما بان المراد من المعطوف لعله خصوص ملكت لما انا نلتزم في عبارة
من ذكر الثلثة وعطف عليها نحوها او شبهها او ما قام مقامها ان المراد بالمعطوف خصوص
لفظ السلف مثلا بالنسبة الى مورده المختص به ولفظ التولية بالنسبة الى مورده المختص
بها وهكذا نفسير العبارات المذكورة بما ذكر من مفتاح الكلام متولى نقضاه وانت وان
كنت ممن له معرفة باساليب الكلام علمت ان شيئا منها ليس بشيء اما ما ذكره بالنسبة الى
عبارة المحرر فلانه قال فيها اولا ان الايجاب هو اللفظ الدال على النقل وهي قضية
مطلقة شاملة لكل ما دل على النقل ثم عقبه بلفظ مثل المضاف الى بعتك او ملكتك
المفيد لكون المذكور من باب المثال دون الحصر ثم عقب ذلك بعطف ما يقوم
مقامهما وهو كالظاهر في ان ذلك قد يحتاج تقييده الى دليل وعند اجتماع الظهورات المذكورة
وتركها نصير العبارة صريحة لا يجوز صرفها عما هي عليه من الصراحة واما ما ذكره بالنسبة
الى الثانية فلان لفظ نحوهما او ما قام مقامهما مطلق ولا وجه لصرفه عن ظاهره مع انه
كان يمكن لصاحب العبارة ان يبدله باللفظ الخاص الذي هو ملكت مع عدم تطويل
في العبارة واما ما ذكره بالنسبة الى الثالثة فلانه يجري عليه مضافا الى ما ذكرناه في الثانية
ان السياق يعطي ارادة ما يقوم مقامها في افادة وقوع مطلق البيع لا نوع خاص منه
وهو التولية او السلف بل ذلك مما لا يذهب اليه الا وهام ولا يتبادر الا الاوهام فان
قلت لعل المراد بالمعطوف انما هي اشارة الاخرس ونحوه ممن كان عاجزا قلت هذا
وان كان مما قد تخيله بعض القاصرين من الطلبة الان فساده عند من له ادنى انس
بسياق العبارات اكثر من ان يدعى علم لان الكلام انما هو في الصيغة وليست الاشارة من جنسها

ولا

ولا بسياق المذهب البيان عطف لفظ نحو ولهذا يصرحون بعد بيان الصيغة بقولهم
ولا تكفي الاشارة الا مع العذر او نفي لهم ولو تعذر اللفظ كفت الاشارة ونحو ذلك
فان قلت لعل المراد بما يقوم مقامهما هو ما يراد فهما من سائر اللغات قلت هو في غاية البعد
ككفاية غير العربية من الاحكام التي تستحق التصريح بها فكيف يكتفى بما يدعى انه ظاهر كلام فافهم
المطلق اعتبار الايجاب والقبول فيه من دون ذكر لفظ خاص كالشيخ واتباعه فتامل
اولى الامر بالتامل للاشارة لان من ذكر اعتبار الايجاب والقبول ولم يقيدهما بصيغة
خاصة لم يقصد سوق الكلام مساق الاطلاق حتى يجوز العقد بكل ما يصدق عليه انه ايجاب
وقبول وانما قصد سوقه لبيان الجنس وانه لا يجوز انعقاد البيع من غير تحقق هذا الجنس
واما ان اي نوع منه معتبر في انعقاده فهو موكول الى الخارج والى ما تقرر بين اهل الصناعة
وينزح في نظري ان اذكر لك واحدة من عبارات الجماعة الذين اطلقوا في المسألة لكون
انموذجا يستدل به الى حقيقة الحال وهي عبارة الغنية فانه قال في البيع اما شروطه فعلى ضربين
احدهما شرط صحة انعقاده والثاني شرط لزومه فالضرب الاول ثبوت الولاية
في المعقود عليه وان يكون معلوما مقدورا على تسليمه منتفعا به منفعة مباحة وان
يحصل الايجاب من البائع والقبول من المشتري من غير اكراه ولا اجبار الا في موضع انتهى
ما اهمنا ذكره ومثله كلام الشيخ في ط الا انه ساق العبارة بنحو اخصر وهو عدم الفرق بين تقدم
الايجاب وتاخره فان عقد النكاح ينعقد بالايجاب والقبول سواء تقدم الايجاب كقوله
زوجتك بنتي فقال قبلت النكاح او تاخر الايجاب كقوله زوجني بنتك فقال زوجتك
بلا خلاف فاما البيع فان تقدم الايجاب فقال بعتك فقال قبلت صح بلا خلاف وان
تقدم القبول فقال بعنيه بالف فقال بعتك صح والاقوى عندي انه لا يصح حتى يقول
بعد ذلك اشتريت انتهى فوكسى وقد حكي عن الاكثر تجويز البيع حالا بلفظ السلم واقوى
انعقاد البيع حالا بلفظ السلم ما ذهب اليه المحقق ره والعلامة ره في القواعد والمذكور

[illegible]

الثاني من جامع المقاصد بل حكاه الشهيد الثاني ره عن الاكثر وهو الحاكي الذي اشار اليه
قال وكذلك عند بعض المحققين وهل ينعقد البيع بلفظ السلم بقوله اسلمت اليك هذا الدينار
في هذا الكتاب الاشبه نعم اعتبارا بقصد المتعاقدين وجه الاشبه ان البيع يصح بكل ما ادى
ذلك المعنى المخصوص والسلم نوع من البيع اعتبر الشارع في نقل الملك فجاز استعماله
في الجنس مجازا تابعا للقصد ولانه اذا جاز استعماله مما في الذمة المحتمل للغرر كان
مع المشاهدة ادخل لانه ابعد من الغرر اذ مع المشاهدة يحصل العلم الذي هو الوصف والحلول
يتيقن معه امكان التسليم والانتفاع به بخلاف الاجل فكان اولى بالصحة ولان البيع ينعقد بلفظ
كذلك كذا على ما ذكره بعض الاصحاب ولا ريب ان السلم اقرب الى حقيقة البيع من التمليك
المستعمل شرعا استعماله شايعا في الهبة فاذا انعقد بالابعد لتاديته المعنى المراد فالاقرب
اذا اداه اولى وهذا هو اختيار الاكثر ووجه العدم ان لفظ السلم موضوع حقيقة للنوع
الخاص من البيع فاستعماله في غير ذلك النوع مجاز والعقود اللازمة لا تثبت بالمجاز
ولان الملك انما ينتقل بما وضعه الشارع ناقلا ولم يثبت جعل الشارع هذا ناقلا في موضع
النزاع ثم قال والحق انا ان قلنا باختصاص البيع بما ثبت شرعا من الالفاظ لم يصح هنا
وان جوزناه بكل لفظ دل صريحا على المراد صح لان هذا اللفظ مع قصد البيع صريح
في المطلوب وكلام الاصحاب في تحقيق الفاظ البيع مختلف والقول بعدم انعقاد
البيع بلفظ السلم لا يخ من قوة وعلى القول بالصحة فيما ذكره المصنف ره لو جعل متعلق البيع
عينا موصوفة بصفات السلم حالا لكان اولى بالصحة لانه اقرب الى السلم وانما يخالفه
بالاجل وعلى المنع يحتمل الصحة هنا والاقوى الصحة في الموضعين انتهى وهذا مما ينبغي
التنبيه عليه وهو ان العلامة ره في القواعد قال في الفصل الاول ولا بد من الصيغة
الدالة على الرضا الباطني وهي الايجاب كقوله بعت وشريت وملكت والقبول وهو
اشتريت او تملكت او قبلت وقال في مبحث السلم والاقرب انعقاد البيع بلفظ السلم

فيقول

فيقول اسلمت اليك هذا الثوب في هذا الدينار انتهى وقال في التذكرة في الفصل الثاني من كتاب
البيع ما نصه صيغة الايجاب بعت او شريت او ملكت من جهة البايع والقبول من المشتري
قبلت او ابتعت او اشتريت او تملكت وقال في مبحث السلم منها ما لفظه ولو انعقد السلم
بلفظ البيع كان الاقرب العكس فلو قال اسلمت اليك هذا الثوب بعشرة في هذا الدينار انعقد
بيعا نظرا الى المعنى لا الى لفظ السلم فلا يجب التقابض في المجلس ولا يكون هذا سلما
اجماعا وللشافعية قولان في انعقاده بيعا نظرا الى المعنى فينعقد ويحتمل عدم الانعقاد
لاختلال اللفظ انتهى كلامه وهي كما ترى متناقضة خصوصا عبارتي التذكرة وان عبارة القواعد في
بيان الصيغة لا تاباه من الحمل على المثال من جهة وجود الكاف في قوله وبدون ذلك لا الايجاب ان كان
عبارة عن الالفاظ الثلثة المذكورة منحصرا فيها فكيف جاز انعقاد عقد البيع بلفظ السلم
والا فلا وجه للحصر ولا يبعد ما هو الاولى بان يقال ان ما افاده من الصيغ الثلث المذكورة
يجري عليه حكمها من حيث انعقاد البيع بها بان لا [illegible] قوله ره نظرا الى المعنى لا الى لفظ السلم
على هذا ايضا كلام العلامة ره انتهى [illegible] المصنف ره [illegible] من اكتفائهم باللفظ المفيد
لمعنى البيع وان لم يكن من الالفاظ الخاصة فافهم قوله [illegible] وصرح جماعة منهم في بيع التولية
بانعقاده بقوله وليتك العقد او وليتك السلعة اقول ممن صرح بذلك المحقق في يع
والعلامة ره في عد والتذكرة قال في الاخير التولية نوع من البيع وهو ان يخبر براس
المال ويبيعه به من غير زيادة ولا نقصان ولا خلاف في جوازه وعبارة الايجاب بعتك
او وليتك فيقول قبلت فاذا اشترى شيئا ثم قال لغيره وليتك هذا العقد جاز و
شرط قبوله في المجلس على قاعدة التخاطب بان يقول قبلت او توليت ويلزمه
مثل الثمن الاول جنسا وقدرا ووصفا ويجب العلم به للمتعاقدين حالة العقد وهو
شرط في صحته لما ذكرناه فلو لم يعلم به او جهل احدهما او كلاهما بطل لان الجهالة في الثمن
او المثمن مبطلة ولو لم يعلم المشتري اعلمه البايع اولا ثم ولاه العقد انتهى وفي ذلك اوقع

بلفظ ولّيتك جعل مفعوله العقد واقتصر عليه ولو قال ولّيتك السلعة احتمل الاجزاء انتهى ولكن
لا يخفى عليك انه لا دلالة لما ذكره على ما رامه المصرح الاستشهاد به عليه من جواز ايقاع صيغة
البيع بكل لفظ مفيد لمعناه لان التولية نوع خاص ثبت فيه لفظ خاص كالسلف في نوع
منه ولا يلزم من ثبوت شيء في نوع جريانه في غيره من الانواع حتى يصدق بالنسبة الى ذلك العين
انه تادى بغير اللفظ الموضوع له نعم لو كان قائلين بانه يجوز صيغة مطلق البيع بلفظ
ولّيتك او كان المصرح قد استشهد بكلام المحقق في بيع حيث قال والتولية في ان يعطيه
المتاع براس ماله من غير زيادة فيقول ولّيتك او بعتك او ما شاكله من الالفاظ الدالة على النقل
انتهى لكان متجها اما الاول فلتادى مطلق البيع بلفظ التولية المختصة بخصوص نوع منه
واما الثاني فلتادى بيع التولية الذي هو من العقود اللازمة بما شاكل اللفظ في الدلالة
على النقل الخاص الذي في ضمن البيع بصيغة كشريت وملكت على قول من ذهب الى صحتها
لذلك وبهذا قيد في الجواهر النقل في عبارة المحقق ره بقوله الذي هو بيع في كتاب
التشريك في المبيع بلفظ شركتك قال في الروضة والتشريك جائز وهو ان يجعل له فيه نصيبا
بما يخصه من الثمن بان يقول شركتك بالنصف بنصف قيمة ما اشتريت مع علمهما
ويجوز تعديته بالهمزة ولو قال اشركتك بالنصف كفى ولزمه نصف الثمن ولو قال
اشركتك في النصف كان له الربع الا ان يقول بنصف الثمن فيتعين النصف ولو لم يبين
الحصة كما لو قال في شيء منه او اطلق بطل للجهل بالمبيع ويحتمل حمل الثاني على التنصيف
وهو اي التشريك في الحقيقة بيع الجزء المشاع براس المال لكنه يختص عن مطلق البيع
بصحته بلفظه على ما رامه المصرح من جواز وقوع البيع بكل ما افاد معناه من الالفاظ كما سبق
وعن الك في مسئلة تقبيل احد الشريكين في النخل حصة صاحبه بشيء معلوم من الثمرة
ان ظاهر الاصحاب جواز ذلك بلفظ التقبيل مع انه لا يخرج عن البيع او الصلح او معاملة
ثالثة لازمة عند جماعة اعلم ان اصل موضوع التقبيل عبارة عن ان يكون بين اثنين نخل

او شجر

او شجر او زرع فيتقبل احدهما بحصة صاحبه بعد خرص المجموع بشيء معلوم على حسب الخرص
وقد دل على صحته شرعا صحيحة يعقوب بن شعيب الخ ورواها المشايخ الثلثة سئلت
الصادق عليه السلام عن الرجلين تكون بينهما النخل فيقول احدهما لصاحبه اختر اما ان
تاخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلا مسمى وتعطيني نصف هذا الكيل زاد او نقص واما ان
اخذه انا بذلك واردّ عليك قال لا باس بذلك وصحيحة ابي الصباح الكناني سمعت ابا عبد الله ع
يقول ان النبي ص لما فتح خيبر تركها في ايديهم على النصف فلما بلغت الثمرة بعث عبد الله بن
رواحة اليهم فخرصها عليهم فجاؤوا الى النبي ص فقالوا انه قد زاد علينا فارسل الى عبد الله
بن رواحة فقال ما يقول هؤلاء فقال خرصت عليهم بشيء فان شاؤوا اخذوا واعطونا
وان شاؤوا اخذنا فقال رجل من اليهود بهذا قامت السموات والارض وغيرهما من
الاخبار الكثيرة من صحيح وغيره وذكره ابن ادريس ره في اخر باب المزارعة قال ومن زرع
ارضا او ساقاها على ثلث او ربع وغير ذلك وبلغت الغلة جاز لصاحب الارض ان يخرص
عليه الغلة والثمرة فان رضي المزارع او المساقي بما خرص صاحبها كان عليه حصة صاحب
الارض سواء نقص الخرص او زاد وكان له الباقي لانه فعل مثل ما فعل رسول الله ص باهل خيبر وبعث عبد
الله بن رواحة الانصاري الخزرجي فان هلكت الغلة والثمرة قبل جذاذها وحصادها
بآفة سماوية لم يلزم العامل الذي هو الاكار شيء لصاحب الارض والذي ينبغي تحصيله في
هذا الخبر والسؤال انه لا يجوز ان يكون قد باعه حصته من الغلة والثمرة بمقدار في ذمته من
الغلة والثمرة او باعه الحصة بغلة من هذه الارض فعلى الوجهين معا البيع باطل
داخل في المزابنة والمحاقلة ونهى عنهما بالاطلاق وان كان ذلك صلحا لا بيعا فان كان ذلك
بغلة وثمرة في ذمة الاكار الذي هو المزارع فانه لازم له سواء هلكت الغلة بالآفة
السماوية او الارضية وان كان ذلك الصلح بغلة من تلك الارض فهو صلح باطل
في باب الغرر لانه غير مضمون فانه كان ذلك في الغلة بعينها سواء زاد الخرص او نقص

تلفت منها فليلحظ ذلك وهو المذكور يقتضيه اصول مذهبنا وتشهد به الادلة فلا يرجع عنها
باخبار الاحاد التي لا توجب علما ولا عملا وان كثرت في الكتب انتهى ولكن لا ريب في بطلان
ما ذهب اليه لدلالة الاخبار الكثيرة المعمول بها من صحيح وغيرها على خلافه ولذا لا يحتاج بها
غيره لكن المثبتين اختلفوا فمنهم من ذهب الى كونها صلحا كالشهيد قده في محكي الروضة وصاحب الجواهر قده
وهذا القول ايضا مردود لا من جهة انه تتفق هنا اتحاد العوض والمعوض عنه في الصلح فانه
مدفوع بما افاده صاحب الجواهر قده من عدم الاتحاد حقيقة هنا لكون المعوض عنه الحصة
المشاعة والعوض المقدار المنتزع من مجموع الحصتين بل لا يبعد جواز مثل ذلك في الصلح
مع قطع النظر عن خصوص المقام لعموم قوله ع الصلح جائز بين المسلمين الذي استفيد
منه قيامه مقام الهبة وغيرها فيجوز الصلح عن مال ببعضه وان بطل في الهبة لما هو معروف
قيامه مقام ما لا عوض فيه من العقود كالعارية بل من جهة ان الصلح لا بد فيه من قصد
عنوانه ومفهومه الذي هو التسالم ولا يكفي وجود ما هو مصداق له اذ لا يحصل الا من دون
اعتباره بعنوانه ومفهومه فتامل ومنهم من تردد بين كونه بيعا فاسدا وكونه معاملة مستقلة
كالعلامة في التذكرة فانه قده بعدما احتمل ايقاع التقبل بلفظ البيع ذكر انا ان منعنا
البيع وجوزنا التقبل كان معناه ان المتقبل يأخذ جميع الثمرة ويدفع الخرص بكيله
عن حصته على ما تقبل به فان كان ما حصل سواء بما تقبل به فلا بحث وان زاد
فله وان نقص فعليه فهل يكون ذلك لازما اشكال وعلى تقدير لزومه فهل يكون
الناقص عليه وهل يكون مضمونا في يده الاقرب ذلك لانه اما بيع فاسد او تقبل انتهى
وبهذا سقط ما ذكره في الجواهر من انه احتمل في التذكرة كون هذه المعاملة بيعا
صحيحا كما هو مقتضى دلالة اللفظ ولا احتاج الى التقييد بالبيع الفاسد وذلك لان ما احتمله
هو جواز ايقاعها بصيغة البيع لا كونها بيعا في الواقع بل لم يحتمل كونه بيعا الا في حكم
به وبدليل على ما ذكرناه من تفسير كلام العلامة ره ما ذكره المحقق الثاني ره عند حكي العلامة

في عقد يجوز ان يتقبل احد الشريكين بحصة صاحبه من الثمرة بشيء معلوم منها لا على سبيل البيع
حيث قال ره لم يجز على سبيل البيع لما عرفت من انه لا يجوز بيع الثمرة بجنسها وان لم يكن
الثمن منها فكيف اذا كان منها وفي كونه هل يجوز البيع يحتمل ذلك عملا بالاصل السالم
عن معارضة الربا اذ لا ربا في الثمرة على رؤوس الشجر ويرد عليه ان هذا ان كان في النخل
فهو المزابنة وان كان في غيره ففيه القولان فاحتمال الجواز مطلقا منتف انتهى ويستفاد من
المذكور من كلام المحقق الاردبيلي ره واظهر منه كلام الشهيد الثاني في محكي ك
وتردد في التذكرة في جواز العقد بلفظ البيع وسياق عبارة التذكرة اشد شهادة بما ذكرناه
فراجع ومنهم من جعلها معاملة مستقلة كالشهيد الثاني ره وهو ظاهر المحقق الاردبيلي ره
لانه قده مع اخذه التقييد في تفسير العنوان بقوله لا على سبيل البيع بل هو على سبيل القبول
والمراضاة كما في ذيل كلامه ظاهر انه راجع الى معاملة فيكون بحسب الطالع النقص
الزيادة فهو سواء انتهى ثم انهم اختلفوا في مقام اخر وهو كون هذه المعاملة لازمة
فمنهم من ذهب الى لزومها كالشهيد الثاني ره والمحقق الاردبيلي ره وصاحب
الجواهر قده ومنهم من حكم بجوازها وحكي هذا عن التنقيح وايضاح النافع والمهذبية
ومنهم من تردد كالعلامة قده في التذكرة حيث قال وهل يكون ذلك لازما اشكال انتهى
ومنهم من ذهب الى اللزوم بشرط السلامة من الآفة كالعلامة ره في الارشاد على ما استظهره
المحقق الاردبيلي ره من كلامه قده حيث قال الظاهر المتفق انه مشروط لزومه بالسلامة
من الآفة فلو نقص بها لم يلزم ان لا يعطي الحصة الشريك مما حصل وان زاد فالزائد له
انتهى والحق في المقام الاول هو القول بكونها معاملة مستقلة وفي المقام الثاني
هو اللزوم وفاقا للشهيد الثاني ره في المقامين ويحسن ذكر كلامه قده في ذلك لاشتماله
على المطلوب ودليله وما استشهد به المصنف قده قال ما نصه هذه القبالة معاوضة مخصوصة
مستثناة من المزابنة والمحاقلة معا ثم ذكر رواية يعقوب بن شعيب ورواية اخرى سنده

٣ يعني ان كان في غير النخل من الشجر ففيه القولان خلاف جوازا ومنعا منه دام ظله العالي

الحكم ثم قال وظاهر الاصحاب ان الصيغة تكون بلفظ القبالة وان لم يجعلها خاصا زايدا على البيع والصلح
لكون الثمن والمثمن واحدا وعدم ثبوت الربا لو زاد او نقص ووقوعه بلفظ التقبيل وهو خارج
عن صيغ العقود وفي الدروس انه نوع من الصلح ولا دليل عليه لما لا دليل على انعقاده بلفظ
التقبيل او اختصاصه به وانما المعلوم من الرواية انه معاملة على الثمرة وانه لازم بحيث يملك المتقبل
الزايد ويلزمه لو نقص هذا ما اهتدى له كلامهم وحاصله ان انتفاء اللوازم يدل على انتفاء
الملزوم وقد انتفى هنا لوازم البيع والصلح لما عرفت مما ذكرناه وما ذكره مضافا الى ان
الرواية انما يعطي كونها معاوضة خاصة لمكان اللزوم يستفاد من الزام المتقبل بالعوض
زاد او نقص وينبغي ان يعلم ان كون هذه المعاملة مستثناة من المزابنة والمحاقلة يتوقف
على كونهما نوعين من البيع وغيره حتى تكون هذه المعاملة المستقلة مستثناة منهما واما
بناء على اختصاصهما بالبيع فلا تكون هذه مستثناة الا ان تكون من ابقيهما وقد اشار الى
ذلك المحقق الثاني ره فيما حكيناه من كلامه هذا ولا داعي الى ادراجه في شيء من
العناوين المتعارفة كالبيع والصلح ونحوهما الا ان هذا امر يدل عليه النص وحصر العقود
في المتعارفة مما لا نص عليه ولا دل عليه دليل معتبر وقد عرفت ما بيناه في قول المصنف ره
مع انه لا يخرج عن البيع او الصلح او معاملة ثالثة لازمة عند جماعة لمصير جماعة اخرى الى
كونها معاملة ثالثة جايزة لما عرفت فيصير ذلك القسم من اطراف الاحتمال فلا يصح اطلاق
القول بانها لا تخرج عن الثلثة المذكورة مضافا الى ان اختصاص التقبيل من بين ساير
انواع البيع على تقدير كونه نوعا منه بانه يجوز فيه لفظ قبلت او اختصاصه من بين انواع
الصلح على تقدير كونه منهما بجوازه فيه لا شهادة فيه على ما رام المصنف الاستشهاد عليه من
تجويزهم وقوع العقد اللازم بكل لفظ دل عليه وادى مؤداه وان قلنا بكونها معاملة
مستقلة فاختصاصها بجواز التقبيل فيها لا يشهد بما هو مقصوده بطريق اولى ولو
كان قد استشهد بانه يستفاد من الرواية كفاية المقاولة المذكورة فيها ولا يختص

بصيغة

بصيغة خاصة مع انه يستفاد منها انه ومعها كان اولى في الاستشهاد الا انه لم يكن وافيا بدعوى
ان مقصد العلماء ذلك فهو كما ترى وجوز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع
انه ليس صريحا فيه هذا الكلام باطلاقه غير صحيح اذ قد عرفت ان المحقق الثاني ره حكى عن العقد
به بني على اصالته وان من انكرها منع العقد بها غاية ما في الباب انه يكون نوع قسم استثناء
في الصغرى فهو كما ترى ولعله لما عرفت من تنافي ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير
بالالفاظ المجازية في العقود اللازمة مع ما عرفت منهم من الاكتفاء في اكثرها بالالفاظ
الغير الموضوعة لذلك العقد جمع المحقق الثاني على ما حكي عنه في باب السلم والنكاح
بين كلامهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة وهو جمع حسن اقول قد عرفت حاله
نفي كلامه في المقامين فيما علقناه على قول المصنف ره وزاد في غاية المراد انه ولا يخفى على من
وقف عليه ان المحقق الثاني ره ليس في مقام توجيه كلام الاصحاب ولا في مقام الجمع بين
ما يختلف فيه التناقض وانما هو بصدد بيان مختاره في المسئلة نعم هو قابل لان يوجه
به كلام من اطلق المنع من المجازات واما مثل كلام الفاضل الاصبهاني ره الذي تقدم ذكره
عند قول المصنف ره اما الكلام من حيث المادة وهو ما ذكره من كون انت طالق في غير صريح
معللا بان لفظ طالق مصدر في الذات لا يوصف بالمصدر الا انما يجوز بمعنى الصفة
فلا يصح ان يوجه بذلك ايضا وذلك لان المصدر المستعمل في معنى الوصف ليس من المجاز
البعيد وكذا ما ذكره في مثل انت مطلقة او من المطلقات من انه ظاهر في الخبر وانما
يطلق في انشاء الطلاق مجازا وما ذكره من ان الفارق بين انت طالق وغيره من
صيغ الطلاق انما هو النص والاجماع والا فالكل مشترك في كونها حقيقة في الاخبار
مجازا في الانشاء واستخرج بعض من تاخر هذا الجمع حكم بعد ما اورد على الجمع الذي
يذكره المصنف ره بما ستذكره انت كم وبما ذكرناه من وجه عدم جريانه في مثل كلام الفاضل المذكور
نظيره ان الطلاق القولية بانه مما لا وجه له بل اقول ان التعرض للجمع بين كلماتهم

مع الاوجه له لان الكلمات مختلفة صدرت من اشخاص لا يجمعهم زمان ولا مكان مع اختلاف
مشاربهم بل قد يصدر الكلام من شخص اجتمع مع آخر في زمان واحد من غير اطلاع على
مذاق الآخر ولا الكلام كما هو شأن ابعاع الغالب والعلماء الذين جمعهم عصر واحد من عدم
فحص عن مذهب الآخر بل عدم الاعتداد وكثيرا ما يتفق التخالف من هذا الباب فيضر الجمع بين
الكلمات ما لا يرضى به اربابها ولا داعي الى التكلف والتمحل في امثال ذلك فان تمام ايجابها
البعد عن الواقع تؤدي الى اعوجاج الذهن واختلال السليقة فلا يبعد من ملاحظة
كل كلام على ما هو عليه والاخذ بظاهره من دون تخط الى التأويل ثم ان ما ذلك
البعض لكلام الآخر يمكن المناقشة فيه انتهى وهو ان القدر المتيقن في كلام الاصحاب مما منع
استعماله في العقود انما هو استعمال المجازات البعيدة استنادا الى ان الصراحة
التي اعتبروها لا تجامعها من احتمالات ثلثة احدها ان يكون المراد بها هو كون اللفظ
حقيقة فيه وان لم يكن مختصا به بل كان مشتركا بينه وبين غيره لفظا او معنى
ثانيها ان يكون المراد به عدم احتمال غير المقصود سواء كان بالوضع ام بضميمة القرائن
والقدر المتيقن منعه من الجميع انما هو المجازات البعيدة وذلك لان هنا تقريبين احدهما
ان القدر المتيقن من كلام من منع من استعمال المجاز انما هو منع المجاز البعيد وان
كان كلام بعضهم يعم القريب انتهى وهذا المقدار مسلم وثانيهما ان القدر المتيقن
من كلام من اعتبر الصراحة هو عدم جواز استعمال المجازات البعيدة وهذا لا يتم
على اطلاقه لان من يجعل الصراحة بمعنى عدم احتمال الغير سواء كان بنفسه ام بضميمة
القرائن لا موجب للتشكيك في كلامه مع اطلاقه وبيانه للمناط الذي هو عدم
احتمال الغير فاذا كان المجاز البعيد قد اقترن بقرائن افادته الصراحة فقد حصل
المناط قطعا ولا مجال للشك من هذه الجهة ولا وجه للاخذ بالمتيقن استنادا اليها
نعم يمكن التشكيك من جهة اخرى مثل نفي قيمة الفاظ العقود او كون المراد بالمجاز

البعيد ما لم يعهد استعماله ويقع الشك في جواز استعماله في الكلام من جهة ضعف العلاقة
والمناسبة وعدم وقوع استعماله اصلا بحيث يلحق بالغلط ولكنه لا يخرج عن مفروض الكلام
لان المنع حينئذ ليس من جهة عدم الصراحة بل من جهة كونه مثل الغلط او غيره وعلى
خيص الرخصة في الكل يتم وان بلغ حد الصراحة بانضمام القرائن المفيدة بلوغ اللفظ الى تلك المرتبة
فليس ولعل الاحسن منه ان يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلالة اللفظية
الوضعية سواء كان اللفظ الدال على انشاء العقد موضوعا له بنفسه او مستعملا فيه مجازا
بقرينة لفظ موضوع اخرى يرجع الافادة بالاخرة الى الوضع اه لعل وجه احسنية هذا الجمع
بالنسبة الى ما حكاه عن المحقق الثاني ره ان كلمه في عدم كفاية الالفاظ المجازية في العقود
عبارتين احديهما انه لا يجوز التعبير بالالفاظ المجازية والاخرى انه يعتبر كون الفاظ
العقود اللازمة من قبيل الحقيقة كما اشار اليها بقوله ان يراد باعتبار الحقائق وما ذكره
المحقق الثاني ره لا ينطبق على العبارة الثانية الا بان يراد بالحقيقة ما هو اعم منها ومن
المجاز القريب وهو تكلف بعيد بخلاف ما ذكره المصنف من وجه الجمع فان مقتضاه
التوسعة في اعتبار الحقيقة بمعنى كون الدلالة مستندة الى الحقيقة سواء كانت نفس الصيغة
لمضمون العقد استعملت بان يقع الانشاء بها او كانت مما يستند اليه دلالة اللفظ الذي وقع
به الانشاء وغاية ما يقال ان فيه نوع تسامح فنقول بعد تسليم انه تسامح يساعد عليه
مواقع الالفاظ من دون استبعاد فيه ولا حسن هذا وما ذكره المصنف قد ورد عليه بعض
من ناصح اولا بان ما ذكره ره لو كان من مقاصدهم لصرحوا به او اشاروا اليه ولم يقل احد منهم
بان المناط عندنا هو استناد الدلالة الى الوضع بمعنى انه لو كان اللفظ مجازا بقرينة
لفظ دال بالوضع كفى بل صرح بعض الاساطين بخلافه حيث حكم بان مثل نقلت
بالبيع وملكت بالبيع لا ينعقد به الصيغة والمصنف قد ان كان يرى ان التمليك مجاز
حقيقة في البيع فيصح عنده عقد البيع به بمثل الاعتبار لو لم يعتبر بهذه القاعدة

آخر ج

عليها الكلام هنا الا ان ذلك البعض يدعى كون التمليك اعم من البيع فيقول انه مع نصب
قرينة لفظية هو حقيقة في المعاملة الخاصة التي هي البيع لا ينعقد به عقده وثانيا
بان ما استشهد به المصرح من عبارات الاصحاب مثل ما دل على انه يجوز عقد البيع
بلفظ السلف يعطى ان استعمال اللفظ المجازي جائز ضرورة ان السلف موضوع
لنوع خاص وان استعماله في البيع الحال المغاير له مجاز مع انهم اشترطوا وجود
القرينة اللفظية بل كلامهم اعم منها ومن القرائن الحالية والعقلية وقد ذهب الى الاكثر
جواز عقد البيع بلفظ السلم مطلقا وانها تشعر بقرينة حالية بل ما بين كونه من الصيغ في
الرسائل الموضوعة لبيان صيغ العقود والكتب الفقهية ليس مقرونا بقرينة لفظية
قطعا وانما اكتفوا به لاجل المقام وثالثا بانا نرى ان ما يعتبرونه من الصراحة في
العقود انما يعتبرونه في اللفظ الذي يقع به الانشاء دون متعلقاته فيقولون
الزواج والفراق ليسا بصريحين وان الخلع والكناية وغيرهما مما تحتمل ... عنه في
البيع ليست بصريحة وهذا لا يتم الا بان يكون نفس اللفظ المنشأ به حقيقة
اذ لو كان مرادهم اعم لم يبق غير صريح في الالفاظ ضرورة ان كل ما هو غير صريح اذا
قيد بقيود كثيرة خرج الى الصراحة بل لا حاجة في بعض الموارد الى كثرة القيود مثلا ان
تقول اعطيتك هذا المال على وجه البيع بثمن معلوم هو عبارة عن كذا مثلا فلا يبقى
مورد لنفي امثال ما ذكر ويوضح ما ذكرنا ان القرائن ليست مما ينشأ به المقصود كما
المركب من القرينة وذي القرينة وانما يتوجه القصد الى الانشاء بذي القرينة
وهي انما يجاء بها لنص لا تنفهم منه المراد من ذلك اللفظ الذي يقع به الانشاء وحينئذ فلا
يبقى مجال للفرق بين المجاز الذي قرينته لفظية وبين المجاز الذي علم قطعا ان المراد
به المعنى المجازي بواسطة قرينة عقلية قطعية فلم لا يصح الانشاء به ويصح الانشاء بما
قرينته لفظ حقيقي والحال ان بناء اهل التعارف قد استقر على الاكتفاء في مخاطباتهم

بما دون

بما دون ذلك من القرائن الحالية المفيدة للوثوق والاطمئنان بالمقاصد المرادة بالالفاظ
ثم ان ذلك البعض ايد ما ذكره بانهم اتفقوا على ان لفظ البيع يجوز استعماله في عقد السلم
ومعلوم ان استعماله من قبيل استعمال المطلق في الفرد ولم يعتبروا وجود القرينة اللفظية
الحقيقية مع كونه مجازا ورابعا انه جعل المشترك اللفظي والمعنوي مثل المجازات في عدم
جواز الاكتفاء بها مقرونة بالقرائن الحالية فقال ومما ذكرنا يظهر الاشكال في الاقتصار
على المشترك اللفظي اتكالا على القرينة الحالية المعينة وكذا المشترك المعنوي انتهى وقد يظهر بعض
هو من عند البحث عن لفظ بعت بخصوصه بانه وان كان من الاضداد بالنسبة الى
البيع لكن كثرة استعماله في وقوع البيع تعينه انتهى مع ان من المعلوم ان كثرة الاستعمال
واشتهار اللفظ في معنى من قبيل الامور المعنوية دون الالفاظ الحقيقية وحاصل ان لهم
اوفوا بالعقود لا يخرج حاله عنده من الاجمال والبيان ان كان ممن يقول بالاول لزمه الاقتصار
على ما وقع عليه الاتفاق مثل لفظ بعت في البيع لان من الناس من ادعى ان الفاظ
العقود واسبابها توقيفية تعبدية ولا تصور ... الكشف عن مقصود ... ولكن
ضميمة الحاجة عن المحرك وكثرة العرف فيلزمه الاقتصار على القدر المتيقن المتفق على
صحته عند الجميع وهو اللفظ المعلوم وصوله من الشارع ولا يجوز له التعدي الى
التعميم بالنسبة الى المجاز والمشترك اللفظي والمعنوي المقرونة بقرائن لفظية حقيقية لان
ما عدا المتلقى من الشارع منها مختلف فيه غير متفق على كونه العقد فيجب الاقتصار على المتيقن
الذى هو المتلقى من الشارع وان كان ممن يقول بالثاني لزمه البناء على كون الكل صادقا
عليه العقد فلا يبقى وجه للاقتصار على خصوص الحقيقة او ما كان حقيقة خصوصا انه لم يعلق العقد
اللفظ لزوم الحكم بل وصل ما رواه المحقق الاردبيلي ره ثم ان ذلك البعض حكى عن المحقق انه كان
يدعى ما رواه المحقق المذكور ره وان هذه الكلمات انما هي على سبيل التنزل عما هو الحق كونه
في غير هنه ثم انه قال في تحقيق المقام وبيان هنه المسئلة انا قد استفدنا من الاصحاب انهم

٢ قرينته م

لا يلتزمون بالتوقيفية والتعبدية في الفاظ العقود بحيث يلزم فيها التعبد بما وصل من الشارع
كالفاتحة في الصلاة من دون نظر الى جهة الكشف عن مكنون ضمير العاقد والافصاح عن
مقصوده فلا يرد عليهم عدم اقتصارهم على الفاظ خاصة بان يقولوا ان المعتبر انما هو لفظ بعينه
فانهم تعرضوا لاعطاء قاعدة كلية وهي انه يعتبر ان يكون اللفظ صريحا او يكون حقيقة في لازم
التوقيف انما هو لاجل ان الثاني ينافيه وح نقول ان المسئلة مبنية على ان قوله تعالى
اوفوا بالعقود هل هو مجمل ام مبين فعلى الاول يجب الاقتصار على المتيقن المتفق عليه
وعلى الثاني يلزم السراية عقلا بسراية نفاده ومؤداه وقد وقع فيه الخلاف وستعرف
تفصيل القول فيه ان شاء الله تعالى واختار هو على تقدير كون الاية مبينة بعد ابطال القول بالتوقيف
لما عرفت ان المعتبر في العقود انما هو الظهور العرفي المعتد به في محاوراتهم ومخاطباتهم
فيشمل الحقيقة المختصة والمشترك المعنوي واللفظي المقترن بالقرينة المعتد
بها المفيدة لافصاح ما قصد باللفظ والمجازات المقرونة بالقرينة الموصوفة لكن بشرط
ان لا تكون بعيدة من دون فرق بين ان تكون قرائنها لفظية او غيرها من القرائن الفعلية
او المقامية وصرح بخروج البعيدة وعدم العبرة بها في العقود ولا يجوز استعمالها فيها
اما اعتبار غير المجازات البعيدة من جميع ما ذكر فلانه بعد بطلان القول بالتوقيف في الفاظ
العقود لا بد من الرجوع الى ما امضاه الشارع في كلامه وهو الظهور العرفي المعتد به
في بيان مرادهم ومقاصدهم مضافا الى انا نعلم ان الشارع انما امضى العقود المتعارفة لرفع
التشاجر والنزاع وتحقق نظام امور الناس وهو يحصل بما هو الظاهر المفيد لمطلوب
العاقد واما عدم اعتبار المجازات البعيدة فللاجماع منهم على عدم اعتبارها لانها
القدر المتيقن من حيث عدم الاعتبار على كل من الاحتمالات الثلثة المحتملة في معنى
الصراحة كما عرفت حكايته من ذلك فيما علقناه على المتن السابق اقول بعد تسليم الظهور
العرفي فبحكم عموم الاية المؤيد بحكمة امضاء الشارع لا يبقى مجال لاستثناء المجازات البعيدة

اذا

اذا فرض ندرة اندراجها تحت العنوان الذي هو الظهور العرفي لانها مشاركة للمجازات القريبة في
الكناية انما كانت الظهور بواسطة القرائن ولا بد من اقامة الدليل على ذلك الا ان تعلم
مثلوا للمجاز البعيد بمثل لفظ الخلع والكناية بان تقول خلعت نفسي عن هذه العين لتبيع
لك بكذا مثلك او خالعتك او كاتبتك عن هذه العين او عليها بكذا فيدعى انه لم يعلم تخطي
الواضع في استعمال المجازات البعيدة لكن هذا لا دخل له بما ذكره من الاجماع على عدم
الجواز الذي ادعاه فان ذلك ممنوع لان من يعتبر الصراحة يعني عدم احتمال الغير يستلزم
كلامه منع المجاز البعيد المقرون بقرائن مبينة للمطلوب يعني حصول الصراحة في المجموع
المركب من القرينة وما اقترنت به كما هو الشأن في المجازات القريبة انتهى واما ما ذكره
من الجمع فانه وان كان تخلفا الا ان بعض ما اورده عليه لا يخلو غير متجه عليه فمن ذلك ما
اورده على المصنف اولا لا يخلو من ركاكة لان عدم تصريحهم لا يوجب بطلان ما ادعى بعد كونه
من لوازم كلامهم فانهم ذكروا انه يعتبر الحقيقة في العقود اللازمة ووجدنا تجويزهم
لبعض المجازات ووجدنا عدم اعتبارهم بغير الالفاظ في اثبات المقاصد فيستفاد من ملاحظة
مجموع الامور المذكورة لازم مقصوده وهو ان تكون الدلالة مستندة الى الوضع وشيع
من ذلك الاستشهاد على المصنف بكلام بعض اهل ساطين وهو شارح سبع الفوائد فائدة
انما تكلم في مقابل الامثال وليس يصح توجيه كلام مثله حتى يحتج به عليه ومن ذلك ما اورده
عليه ثانيا من ورود ان كلام من جوز عقد البيع بلفظ السلم قرينة بيانه ان الصيغة المشتملة
على القرينة اللفظية الا ترى ان منهم المحقق ره في قال وهل ينعقد البيع بلفظ السلم
كان يقول اسلمت اليك هذا الدينار في هذا الكتاب الاشبه نعم ومنهم العلامة ره
فقد قال في القواعد والاقرب انعقاد البيع بلفظ السلم فيقول اسلمت اليك هذا الثوب
في هذا الدينار وفي التذكرة وكما ينعقد السلم بلفظ البيع كذا الاقرب العكس فلو قال
اسلمت اليك هذا الثوب وعينه في هذا الدينار انعقد بيعا غاية ما في الباب

اشار الى ذلك على وجه الاجمال ولم يذكر تمام عباراتهم واما ما حكاه عن الاكثر من انهم جوزوا عقد
البيع بلفظ السلم مطلقا وان كانت قرينة حالية فهو واضح السقوط لما عرفت ان المراد انهم صرحوا با
لاطلاق بالنسبة الى القرينة الحالية والمقالية فهو فرية لانك لا تجد احدا صرح بالاطلاق في
ان اراد ان قولهم الاقرب انعقاد البيع بلفظ السلم مطلق يشمل باطلاقه ما لو كانت هناك
قرينة حالية او مقالية ففيه ان هذا المقام ليس مما يساق فيه الكلام لبيان الاطلاق وانما
يساق لبيان جنس الحكم في الجملة مع احالة كل شرط الى محله مع انك قد عرفت انهم انما
احتملوا فساده لكونه نوع خفاء في نوع بيان كيفية الصيغة المشتملة على الالفاظ التي ذكروا انها
لافادة لفظ السلم لذلك المعنى المقصود ومن ذلك ما ذكره من بطلان الوجه الثالث وذيله من
انهم اتفقوا على ان لفظ البيع يجوز استعماله في عقد السلم وان استعماله من قبيل استعمال
الكلي في الفرد ولم يعتبروا وجود القرينة اللفظية الحقيقية مع كونه مجازا فان فيه ما لا يخفى
اما اولا فلان استعمال البيع في عقد السلم انما هو من قبيل استعماله في الصرف وبيع
الثمار وبيع الحيوان ونحو ذلك ولا يلزم القصد الى خصوصياتها وتعينها
حتى يحتاج افهامها الى قرينة وانما المعتبر هو قصد عنوان البيع في ضمن اي صنف
كان وثانيا انه لا بد فيه من ذكر الشرائط المعتبرة في السلم من الزمان والمكان وغيرهما
في اللفظ ومن جملتها تشخيص المقصود بلفظ دال عليه ويتعين ذلك كله بالالفاظ وفيه
ان الحق ما ذهب اليه ذلك البعض من اعتبار الظهور العرفي المعتد به في افادة مقاصدهم
سواء كانت حقيقة مختصة او مشتركة لفظا او معنى بقرينة معينة او معنى مع اقترانها
بالقرينة المفهمة او مجازا قريبا حقيقيا وثانيا بقرينة موصلة الى المقصود لفظية كانت او غيرها
واما البعيد فمعنى مخالفون له فيه فهنا دعوى ان الاولى اعتبار ما عليه الاكثر والدليل
عليه قوله تعالى اوفوا بالعقود وكون ما ذكر مما يعتد به العقلاء في افهام مقاصدهم بعد
ابطال توقف الفاظ العقود على بيان الشارع تعبدا ويؤيده ان غرض الشارع

من عدم

من عدم اختلال امور الناس في معاشهم ومعادهم وارتفاع النزاع والتشاحن بين
العباد يحصل بذلك من دون فرق بين كون قرينة المجاز لفظا حقيقيا او غيره و
اما الثانية فلانه ان كان مما يستهجن استعماله ويستنكر فهو ملحق بالغلط لا يجوز
استعماله في العقود ولا في غيرها وان كان مما لا يستهجن ولا يستنكر لم يكن فيه فرق بين
العقود وغيرها بعد منع التوقيف في الفاظها وكون قوله تعالى اوفوا بالعقود مبنيا في
صدق العقد عليه في كونه ... وهذا نظير الالفاظ التي يكون دلالتها على الطلب بمقارنة
حال او سبق مقال خارج عن العقد فان الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين وان
كان من المجازات القريبة جدا رجوع عما عليه من عدم العبرة بغير الاقوال في
انشاء المقاصد ولذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة ولو مع سبق مقال او اقتران حال تدل على
ارادة البيع جزما ... الفرق بين ما نحن فيه وبين المعاطاة واضح ضرورة ان الانشاء
هنا انما هو بالفعل والمقاولة قرينة بخلاف ما نحن فيه فانه لو استعمل لفظ مجازي في
انشاء العقد مقرونا بقرينة غير لفظية كان وقوع الانشاء باللفظ والقرينة كاشفة
لا انها بها وقع الانشاء ولهذا تعد المجازات المقرونة بالقرائن الحالية من قبيل الظواهر
اللفظية وبالجملة فالمعاطاة ونحوها مما وقع الانشاء فيها بالفعل على العكس مما نحن فيه
فلا تكون من نظائره حتى يشبه بها في مقام التقريب ... لكن هذا الوجه لا يجري
في جميع ما ذكروه من امثلة الكناية بل يختص بالوجه المشار اليه ما ذكره المحقق في كلام العلامة في التذكرة
على ما ذكروه من اعتبار كون الدلالة مستندة الى الحقيقة سواء كانت هي التي انشئ بها
العقد ام كانت هي قرينة اللفظ الذي انشئ به واما وجه عدم جريان هذا الوجه في
جميع ما ذكروه من امثلة الكناية بل في بعضها فيحتمل ان يكون هو عدم كون جميع ما ذكروه
بالكناية التي ذكروها من عدم الدلالة على المعنى المنشأ الذي هو عنوان العقد فان من
جملتها ما ذكروه في كتاب الطلاق من كون انت طلاق او مطلقة او من المطلقات

عدها من

الكناية مع انها تدل على عنوان الصيغة وهو الطلاق على وجه لا تلزم ان ما الوضع عليه فيكون سبب عدها من
الكنايات هو سراية عدم الصراحة اليها من طريق آخر ويحتمل ان يكون هو عدم كون
جميعها بالكناية التي ذكرها من كون مفاهيمها اعم هو اللازم الاعم فان من جملة ما ذكر في
من الكنايات وان لم يكن كناية عند المص ره داخلة في طالق بكذا وملكتك بكذا فانه لازم
مساو للبيع عنده ره كما تقدم منه ره من كون الهبة بالعوض والصلح ليسا من قبيل التمليك
حقيقة وسيجيء منه ره ايضا عند البحث عن لفظ ملكت انكار استعمال التمليك في الهبة
ودعوى انها انما تفهم من تجريد اللفظ عن العوض لا من مادة التمليك ولا يتوهم
انه على هذا الاحتمال يلزم التناقض في كلام المص ره لانه ذكر ان المطرد في الكنايات هو
اللازم الاعم فكيف نقول لكن هذا الوجه لا يجري في جميع ما ذكروه من امثلة الكناية
لان ما ذكره ره من اطراد اللازم الاعم انما هو في الكنايات الواقعية وما نحن فيه وجوب
هذا الوجه فيها انما هو ما ذكره الاصحاب من امثلة الكناية وليس كل ما ذكروه منها
منه ره حاكيا عنها على الواقع الذي اعتقاده طريق اليه ولهذا تقول بكون ملكتك
بكذا من الكنايات ويقول هو بانعقاد البيع به لكن نص يجافيه هذا ولا يخفى انه على
هذا التفسير يمكن ان يكون هذا الوجه اشارة الى نقص وجه الجمع الذي قصد به
تطبيق كلام العلامة ره عليه ويحتمل ان يكون هو عدم كون جميعها بالمثابة التي
ذكرها من انفهام المراد بها من القرائن الخارجية فان منها حرمت كذا وتصدقت
بكذا مع وقف مقرونا بقوله على ان لا يباع ولا يوهب ولا يورث وغير ذلك من القرائن
اللفظية الدالة على ارادة الوقف مع عدم الخلاف فيه كما عرفت حكايته من المص ره عن غير واحد
على انهما من الكنايات فقد اقترنا بالقرينة اللفظية دون الحالية مع انهم بنوا على كونها
منها فتأمل ثم انه ربما يدعى ان العقود المؤثرة في النقل والانتقال اسباب شرعية
توقيفية هذا الكلام يحتمل وجوها احدها ما هو الظاهر هنا وهو ان يضع الشارع

لكل

وغيرها من

الشارع لكل عقد لفظا خاصا والالتزام به لظاهر الفساد ضرورة ثبوت البيع والاجارة والصلح وغيرها في
العقود قبل بعثة النبي صلى الله عليه وآله والتعبير عنها بلفظ البيع وبعت والصلح وصالحت وهكذا بل لكل
شيء منها بالعربية فهي سارية بين اهل سائر اهل الاستغاثة ... اهل اللسان انه يعبر عن كل منها
بلفظ من لغة اخرى فكيف تكون الفاظها من موضوعات الشارع وهي سابقة عليه ثانيها ان الشارع
قد امضى ما هو المتعارف بين عامة اهل التعارف من الالفاظ الخاصة الدائرة بينهم فلا يجوز
التخطي الى ما عداها وقد التزم به بعضهم بعد ما وجدان دعوى وضع الشارع لها على وجه
الخصوص للمعنى المعهود في غاية السخافة ثالثها ما افاده المص ره من ان المراد اعتبار الفاظ
مفيدة لعنوان العقد الخاص وانه اذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل والمرأة عنوان الزوجية
فلا بد من كون اللفظ مفيدا لهذا العنوان فلا يجوز التعبير بهبة النفس او البضع ومنافعه
او البيع او الاجارة وكذا الاجارة مثلا لا يجوز التعبير عنها بلفظ العارية لكن يجوز التعبير عنها
بلفظ بيع المنفعة او السكنى فالحاصل ان كل لفظ مفرد او مركب دل على العنوان الخاص
المعتبر في العقد يجوز التعبير به عنه دون غيره وهو وجيه ولكن منها لفظ بعت في الايجاب ولا
خلاف فيه نصا وفتوى بل فيه انه لا خلاف فيه وفي صحة ايقاع الايجاب بلفظ بعت بل اقتصر بعضهم عليه هو
ب ظاهر ابن ادريس ره قال في السرائر اذا قال بعنيه او اشتريت بعتني هذا بالف او بعني
منك هذا بالف فقال صاحبه بعتك لم يصح العقد والبيع حتى يقول المشتري بعد قول
البائع بعتك اشتريت او قبلت وكذا اذا قال البائع اشتر مني هذا بالف او ابعك
هذا بالف او اشتر هذا مني بالف فقال المشتري اشتريت او قبلت لم يصح البيع ولم ينعقد
العقد الا ان يأتي البائع بلفظ الاخبار والايجاب دون لفظ الاستفهام والامر وهو قوله
بعتك فيقول المشتري اشتريت او قبلت على ما قدمناه فينعقد العقد بذلك دون
ما سواه من الالفاظ انتهى وانما قلنا انه ظاهر لاحتمال ان يكون الحصر في قوله فينعقد العقد
بذلك دون ما سواه من الالفاظ اضافيا بان يكون المراد بما سوى صيغة المضارع او الاستفهام

او الامر او غير ذلك من الصيغ الماخوذة من البيع لدلالتها سوى بعت خصوصا بصيغة الماضي
من غير مادة البيع كشريت وملكتك ملكا فيكون تكريرا لما ذكره قبله وتاكيدا له لكنه خلاف
الظاهر جدا وعن كشف الرموز عن الشيخ انه يلزم في عقد البيع لفظ مخصوص اعني بعت
وربما يتوهم من المتن حصر الايجاب في بعت والقبول في اشتريت وقبلت الا ان الظاهر
ان ذلك على وجه المثال لان الشيخ ساق الكلام في جواز تقديم القبول على الايجاب وعدمه
وذكر لفظ الايجاب بلفظ بعت ولم يات بما يفيد الحصر قال رح عقد النكاح ينعقد بالايجاب
والقبول سواء تقدم الايجاب فقال زوجتك بنتي فقال قبلت النكاح او تاخر الايجاب
كقوله زوجني بنتك فقال زوجتك بلا خلاف فاما البيع فان تقدم الايجاب فقال
بعتك فقال قبلت صح بلا خلاف وان تقدم القبول فقال بعنيه بالف فقال بعتك صح
والاقوى عندي انه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت انتهى فليس ظاهره الا انه
اراد مثالا للايجاب المتقدم ومثالا للايجاب المتاخر واين ذلك من الدلالة على الحصر وذكر بعض
المعاصرين انه قد يفهم من الغنية حصر الايجاب في بعت والقبول في اشتريت وقبلت وعلى
ما ذكره فيكون الحصر معقد الاجماع الذي ادعاه فيها ولكن لا يخفى على من له خبرة في اساليب الكلام
انه لا دلالة في الغنية على ما ذكره من الحصر فانه قال فيها واعتبرنا حصول الايجاب من البايع
والقبول من المشتري تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري على الايجاب من البايع
وهو ان يقول بعنيه بالف فيقول بعتك فانه لا ينعقد بذلك بل لا بد ان يقول المشتري بعد
ذلك اشتريت او قبلت حتى ينعقد الى ان قال يدل على ما قلناه الاجماع المشار اليه وايضا فما
اعتبرناه مجمع على صحة العقد به وليس على صحته بما عداه دليل انتهى ولعله فهم الحصر من الفقرة
الاخيرة بتخيل ان قوله ما اعتبرناه اشارة الى بعتك من البايع واشتريت او قبلت من
المشتري وانت خبير بان قوله فما اعتبرناه اشارة الى ما سبق في اول الكلام من اعتبار صحة
الايجاب من البايع والقبول من المشتري لا خصوص لفظ بعتك فتدبر فعكسي وهو ان كان

من الاضداد

من الاضداد بالنسبة الى البيع والشراء لكن كثرة استعماله في وقوع البيع تعينه اما كونه من الاضداد
فقد صرح به في المصباح وكذا بالصحاح فان تصريح المدعى لاشتماله على غير ذلك من الفوايد قال باعه
يبيعه بيعا ومبيعا فهو بايع وبيع وباعه بالالف لغة قاله ابن القطاع والبيع من الاضداد مثل الشراء
ويطلق على كل واحد من المتعاقدين انه بايع لكن اذا اطلق البايع فالمتبادر الى الذهن باذل السلعة
انتهى وفي المجمع في الحديث البيعان بالخيار ما لم يفترقا يريد بهما البايع والمشتري فانه يقال لكل منهما
بيع وبايع وقال ومنه قوله في الخبر لا يبع احدكم على بيع اخيه اي لا يشتري على شراء اخيه
النهي انما وقع على المشتري لا البايع انتهى وصرح بكونه من الاضداد في شرح القاموس
ايضا بل في المصابيح للعلامة الطباطبائي ره نفي الخلاف عنه وضعف للعيني فتحقق انه
مشترك بينهما لفظا وحينئذ فلا بد في استعماله في الايجاب من قرينة تدل على تعيينه و
الذي يصلح لذلك امور احدها ما ذكره المصنف ره من ان كثرة استعماله في وقوع البيع
تعينه للايجاب ويؤيده ما عرفته من المصباح من انه اذا اطلق البايع فالمتبادر الى الذهن
باذل السلعة ويستفاد من كلامه ره مسئلة اصولية وهي ان اشتهار المشترك في احد
معنييه يصير قرينة على تعيينه خلافا للفاضل القمي ره حيث قال في طي كلامه في انصراف المطلق
الى الافراد الشايعة في ذيل القانون الذي عقده للبحث عن حال الامر المجاز واما اذا لم تثبت
الحقيقة العرفية بمعنى هجر المعنى اللغوي بل حصل حقيقة عرفية للفظ في المعنى المتعارف مع بقاء
المعنى الحقيقي القديم فيصير اللفظ مشتركا بين الكلي وبعض الافراد ولكن يكون استعماله في احد المعنيين
اشهر كما في العين بالنسبة الى الجارحة والنابعة من بين ساير المعاني وحصل هناك مجاز مشهور
بسبب غلبة الاستعمال فيشكل الحمل على الافراد الشايعة فقط لعدم مدخلية تحقق الشهرة في
احد معنى المشترك في ترجيحه ومعاملة الشهرة في المجاز المشهور باصالة الحقيقة هنا كلامه ره ثم انك قد
عرفت انه لا اشكال في كلام المصنف ره من جهة ان كثرة الاستعمال ليست من قبيل اللفظ الحقيقي الذي اعتبر
كونه القرينة من قبيله ثانيها ان الابتداء بالمعاملة بحسب الطبع والغلبة يحصل من الموجب فالابتداء

بلفظ يصير قرينة مفهمة على المراد به ويشفا هذا من كلام صاحب الجواهر على احتماله وهو ان يكون
المراد بالبايع في كلامه حيث جعل صدور شريت من البايع دليلا على ان المراد به الايجاب هو من
ابتدأ بالمعاملة وان جعلناه عبارة عن صاحب السلعة كان ذلك ايضا قرينة اخرى لان النسبة
بينهما هو العموم من وجه والمصنف لم يتعرض لهذا ولعله لعدم اعتباره عنده ولا وجه للفرق بينه
وبين كثرة الاستعمال حيث اعتبرها في بيتوتة ولم يعتبره مع ثبوت اعتبارها عند اهل التعارف
التحاور دونه فتامل ثالثها تكفيه ذكر المتعلقات شرطها فان بعت في الايجاب يتعدى الى
مفعولين في بعتك الدار وفي القبول يتعدى الى مفعول واحد هو اللفظ الدال على
المتاع المبيع وهذا ايضا يعطيه كلام صاحب الجواهر قدس سره ومنها لفظ شريت لو
لم يظهر من المحكي عن بعض اهل اللغة وفي المصباح شريت الطعام اشريه اذا اخذته
بثمن او اعطيته بثمن فهو من الاضداد انتهى وفي المجمع الشراء يمد ويقصر وهو الاكثر يقال
شريت الشيء اشريه شرى وشراء اذا بعته واذا اشتريته ايضا وهو من الاضداد انتهى قدس سره
بل قيل لم يستعمل في القرآن الكريم الا في البيع حكى هذا الكلام عن المصابيح وغيرها وفي القرآن
لبئسما شروا به انفسهم اي باعوا به انفسهم ومثله وشروه بثمن بخس اي باعوه وقوله تعالى
ومن الناس من يشري نفسه ابتغاء مرضات الله وقوله تعالى فليقاتل في سبيل الله الذين
يشرون الحيوة الدنيا بالاخرة اي يبيعونها قدس سره وربما يستشكل فيه بقلة استعماله عرفا في
البيع وكونه محتاجا الى القرينة المعينة وعدم نقل الايجاب به في الاخبار وكلام القدماء
ولا يخلو عن وجه اختلفت كلماتهم في جواز الايجاب بشريت فاجازه العلامة في التذكرة
وصاحب الجواهر قدس سره وتحقق ايجابه ببعت قطعا بل وبشريت على الاشهر بل عن ظاهر الغنية ان
يكون اجماعا بل لعلها كذلك لاشتراك كل من لفظ البيع والشراء بين المعنيين فهما من
الاضداد كما عن كنز التصريح بل في مصابيح الطباطبائي ره لا خلاف بينهم في وضعهما للمعنيين
فيصح استعمال كل منهما في الايجاب على الحقيقة ولا يقدح الاشتراك والا لامتنع الايجاب

بالبيع ولظهورهما في اشهر معنييهما لوضوح القرينة المعينة لغيره وهي وقوع البيع من المشتري
والشراء من البايع على ان استعمال الشراء في البيع كثير بل قيل انه لم يرد في الكتاب العزيز غيره بمعنى
استعماله في البيع الى ان قال ودعوى هجر ذلك فيها في العرف المتاخر ممنوعة اذا اريد
بها الهجر على وجه يكون مجازا ومسلمة ولكن لا يقدح اذا اريد بها غيره فلا يبعد استعمال
كل منهما في الايجاب والقبول ومحصل الاستدلال بان المقتضي موجود وهو الوضع والمانع
مفقود لان ما يتصور كونه مانعا في المقام انما هو الاشتراك وهو غير صالح للمنع اولا والا
لمنع من استعمال البيع وهو مدفوع بوجود القرينة المعينة ثانيا ثم تارة ذكر كثرة استعماله في
البيع ليؤيد ليأنس به في الحكم المطلوب واكدها بنقل القول بعدم استعمال الشراء في
القرآن في غيره واورد عليه بان دعوى كون الوضع مقتضيا بان يكون كل منهما موضوعا
لغة للنقل ولو شرعا كما هو عرفا بما قد استعمل اهلها في الانشاء المرتب وقد امضاه
الشارع ممنوعة مع انها منقوضة بمثل نقلته اليك وادخلته في ملكك ونحوهما ولو حاول
محاول دعوى ان الشارع قد خص في ذلك كان اولى بالمنع ومنعه بعضهم في مملكت لم
نار ضابان اجماعهم على اعتبار الصراحة في الايجاب والقبول كان قاضيا بعدم صحة الاول
بشريت وان كانت موضوعة للبيع لغة لانه المتبادر من الصريح ما كان دالا بالوضع
لاتحاد معناه وضعا او لاشتهار احد معانيه بحيث لا يتبادر منه غيره ولا يحتاج الى قرينة اصلا
كما في البيع فلا يكفي المشترك المحتاج اليها مطلقا ودعوى ان المراد به ما كان موضوعا له مطلقا محل
منع والى هذا اشار المصنف بقوله بقلة استعماله عرفا في البيع وكونه محتاجا الى القرينة المعينة لكن
مع انفائها بنفي الصراحة عن المشترك واخرى بان الفاظ العقود توقيفية ومع فلا بد
من الاقتصار على المتيقن وليس الا بعت اذ لا نص ولا اجماع على غيره كما عن المصابيح و
مفتاح الكرامة وغيرهما والى هذا اشار المصنف بقوله وعدم نقل الايجاب به في الاخبار
وكلام القدماء والمصنف استوجه المنع ولا ارى له وجها على ان قرينة القرينة للمشترك

ان كانت لفظية حقيقية فلا مانع منه عنده فكيف يتوجه المنع بقوله مطلقاً وقال في التوقيفية
لا يعتبر بها الا بالمعنى الذي ذكر من قبل هنا وذلك المعنى هنا موجود لكونه موضوعاً لعنوان
العقد غاية ما في الباب ان استعمال الرضى اقل من لفظ البيع وقد يتمسك هنا بوجه ثالث
وهو انا لو سلمنا ان لفظ الشراء قد استعمل في انشاء الايجاب البيع في قديم الزمان كما في
الاخبار قلنا ان استعماله في انشاء ايجاب البيع مهجور بالمرة والاجماع على ما لم يستعمل فيه
راساً ولا بد من كون لفظ العقد من الالفاظ المتعارف استعمالها عند اهل التعارف
وهذا القدر مسلم ولو لحكم اشتراط الصراحة في الفاظ العقود واختار بعض من تاخر المنع
الى هذا الوجه بعد حكايته عن بعضهم وهو وجيه ثم ان بعض القائلين بالحق صاحب
الجواهر ره قال ان شريت في الايجاب يتعدى الى مفعولين فلو قال البائع شريتك العين
نفى الايجاب من جهتين احدهما وقوع ذلك من البايع والثاني التعدية الى مفعولين ولو
قال شريتها منك وجه واحد فوقع على القبول لجواز ان الايجاب الحاصل من شريت وبعت والقبول
للحاصل منهما او وكل رجل غيره في بيع شيء موصوف بثمن معلوم وفي ابتياعه بذلك الثمن المعلوم
فقال وكلتك في ان تشتري لي نقارا من حنطة بعشرين دينارا وان تبيع نقارا من
حنطة بعشرين دينارا او وكل رجل اخر رجلا اخر في بيع ذلك الشيء الموصوف بالثمن
المعلوم فقال الوكيل مثل ما ذكرنا انفا للاول لوكيله ثم ان الوكيلين تعاقدا فقال احدهما
للاخر بعت نقارا من حنطة صفتها كذا بعشرين دينارا او قال شريت لك بعت وقال الاخر
بعت نقارا من حنطة موصوفة بكذا بعشرين او قال شريت لكما بعت فانا وجدنا نقل الكلام
الايقاع او قال الاول بعت والثاني اشتريت كان بيعا حاصلا للعقد على الصحيح حقيق صاحب مسودة
من اتكلم وحاصلا للصيغتين على ظاهرها وان لم نلتزم بوجوب تقديم الايجاب على القبول
وجعلناه يطلبها ولكن اعتبرناه شرطا في صحة العقد احتمل الحكم بالصحة انتهى سواء وقع
بعت مقدما ام كان الامر بالعكس نظرا الى الغالب من تقديم الايجاب على القبول ان كان

بناء على وقوع العقد بالالفاظ الكنائية فضلا وان الاصل باللزوم على العقد ... وقاما على ما هو مذهب المحقق ... اذا فرض ان اهل العرف لا يفهمون ... العقد ... ان لا يعم ... استعمال ... في العقد بالقرينة فلا مانع ...

واجبا

واجبا واحتمل التفصيل بانه في صورة تقديم بعت بالصحة على ظاهر اللفظ واما في صورة
تقديم شريت ففيه وجهان احدهما البطلان لتعارض الامارتين الناشئ من غلبة تقديم الايجاب على القبول
وظهور شريت في القبول وبعت في الايجاب والاخر انه يصح ولكن يكون شراء من المتكلم بشريت
بيعا ممن قال بعت وهذا الاخير هو الذي استقربه صاحب الجواهر ره وما ذكره من ابيات
احسن من بيانه ره حيث ذكر في عنوان المسئلة انه لو وكل اثنين في بيع موصوف وابتياعه الا ان
ظاهره ان يوكل واحد اثنين في بيع موصوف وابتياعه وهو لا يصح ان يصدر الوكيل عن امر
لاستلزامه بيع مال الرجل من نفسه في الماك وهو باطل في الكسبي ومنها لفظ ملكت
الاكثر على وقوع البيع به بل ظاهر نكت الارشاد الاتفاق حيث قال انه لا يقع البيع بغير اللفظ
المتفق عليه كبعت وملكت انتهى وقد تقدم كلام مره في ذيل قول المصنف وزاد في غاية المراد
انه يحتمل ان يكون المراد بالمتفق عليه في كلامه ما اتفق اهل العرف لا ما اتفق عليه
الفقهاء فراجع وقال في الجواهر واما ملكتك فلا اشكال بل المشهور على تحقق الايجاب بها على جامع المقاصد
في تعريف البيع ما يشعر بالاجماع على صحة الايجاب به في البيع هنا كلامه ره ولا يخفى عليك انه قد يلزم
كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد على دعوى الاجماع بل الاشعار فيه به وذلك لان العلامة ره
في تعريف البيع بالانتقال فلعل المحقق المذكور في الشرح انه اعتقد لكلام ره في بعض
حواشيه وشيخنا الشهيد ره بان هذا تعريف السبب بالمسبب وهو تعريف بالغاية
اعتذر به معللا بان المفهوم من بعت ليس هو عقد البيع فلعلوا انما المفهوم منه هو المفهوم
من ملكت فان كلا منهما ايجاب للبيع ولو كان المفهوم من بعت هو عقد البيع لما صح
الايجاب بملكت انتهى فتخيل صاحب الجواهر ره انه لم يكن بطلان التالي وهو عدم صحة الايجاب
بملكت مسلما مجمعا عليه لم يتم الزامهما بفساد الاعتذار ولكنه ليس الامر كما تخيل لان الايجاب
بملكت مما قد افتى به العلامة ره في التذكرة وهذا لقواعد فغرضه ره الزامهما بانه يلزم عدم
صحة الايجاب بملكت وبطلان التالي مسلم عندهما واين ذلك من دعوى الاجماع والاتفاق

ومقابل قول الاكثر ما عن الجامع من انه لا يصح الا بلفظ الماضي هو بعت او شريت انتهى وقول
من قال بانحصار الصيغة في لفظ بعت كما تقدم فانه مقتضى الحصر فيه وحده هو عدم
انعقاد البيع بلفظ ملكت فقد علم مما ذكر في المسئلة قولان احدهما وقوع البيع بلفظ
ملكت وثانيهما عدم وقوعه به وهنا قول ثالث ذهب اليه العلامة الطباطبائي وهو التفصيل
بين ما لو قيد ملكت بقوله بالبيع وعدمه بالوقوع في الاول وعدمه في الثاني وتبعه على ذلك
صاحب الجواهر حجة القول الاول وجوه الاول الاتفاق المنقول في غاية المرام
والاجماع المستشعر من جامع المقاصد وفيه ما عرفت من عدم دلالة كلامهما على ذلك ولا
اشعاره به الثاني ما افاده صاحب الجواهر بقوله ولعله لكونها حقيقة فيما يشمل البيع
فاستعمالها فيه ح حقيقة اذ لم يكن على جهة الخصوصية التي تكون استعمال الكلي فيه
مجازا وفيه انه ان اريد به الخصوصية صار مجازا وهو ممنوع عند الجماعة وغيرهم وان لم
يرد به الخصوصية وانما جائت من امر خارج لم يكن اللفظ بنفسه صريحا لان المراد به ما هو عنوان
اعم من البيع والصلح والهبة بعوض الثالث ما افاده ظاهر كلام فخر الدين من كون ملكت
في لغة العرب مرادفا لقولهم بعت فانه قال فيما حكي عنه ان معنى بعت في لغة العرب
ملكت غيري وفيه انه ان كان مراده ان ملكت مرادف لبعت فيفيد معنى البيع بالوضع
فيكون صريحا فيتوجه المنع اليه لما صرح به انه للقدر المشترك بينه وبين العطية والهبة
كما نسب الى الفقهاء واهل اللغة بل في جامع المقاصد وكذا في مسئلة انعقاد البيع بلفظ
السلم ما نصه ولا ريب ان السلم اقرب الى حقيقة البيع من التمليك لاستعماله شرعا
لتمليك الاشياء في الهبة فاذا انعقد بالابعد كان ذلك بالمعنى المراد فالاقرب اذا ادى
ادى الى … انتهى وهما متفقان في العبارة الا انه ليس في جامع المقاصد تقييد المستعمل بقوله
شرعا وح فلا يكون لفظ ملكت صريحا في البيع وهم مجمعون على اعتبار الصراحة وذلك
قاض بعدم الصحة وان اراد التفسير بالاعم لم يكن مفيدا في الدلالة على المطلوب من جواز ايقاع

البيع

البيع به فافهم الثالث ما افاده المصرح من ان التمليك بالعوض المنحل الى مبادلة العين
بالمال هو المرادف للبيع وانه ان اتصل بذكر العوض افاد المجموع المركب بمقتضى الوضع
التركيبي البيع خاصة فيكون صريحا وفيه ما ذكره بعض المعاصرين من المنع اذ لا يراد
بالصراحة في كلامهم ما يشمل ذلك والا لجرى في نقلته اليك وادخلته في ملكك وجعلته
لك والمفروض خلافه بحجة عدمه كما لا يخفى على من لاحظ التذكرة ونحوها الرابع ما عن بعض
الاساطين في شرح بيع القواعد من ان الاصل في تمليك الاعيان بالعوض هو البيع و
في تمليك المنافع هي الاجارة فيكفي ح في صيرورته … مجرد قصد التمليك من غير حاجة
الى قصد اخص فضلا عن التقييد بخلاف ملك الصلح والهبة فانه لا بد من قصدهما كما
في الجواهر ولعله على هذا يحمل ما عن المحقق الثاني من ان المفهوم من بعت وملكت
معنى واحد وفيه ان توجه المنع على ما ادعاه من الاصل يجعل حجة القول
الثاني وجوه احدها ان الفاظ صيغ العقود توقيفية ولم يعلم من الشارع
تجويز العقد بلفظ ملكت فيستصحب اصالة عدم انتقال المال عن ملك صاحبه سليما عن
الرافع وفيه ما عرفت سابقا من الاجماع على عدم كونها توقيفية والا لكان اللازم التعرض لكل
لفظ معين … فيه الشارع بخصوصه والفاظ خاصة اذن فيها من دون تجاوز
الى غيرها ويرتفع الاصل بما دل على وجوب الوفاء بالعقود مضافا الى ما في … ما
على ان يعد كثيرا فتقتصر … مدلوله على ما لم يعرض عنه الاصحاب راسا وفي هذا
المورد قد حكم جماعة بانعقاد البيع بلفظ ملكت ان لم نقل بان الاكثر قد حكموا بذلك
ثانيها ما حكاه المصرح بقوله قيل بصيغة المجهول من ان التمليك يستعمل في الهبة
بحيث لا يتبادر عند الاطلاق غيرها ولعله اشارة الى ما تقدم حكايته عن المحقق
والشهيد الثانيين وفيه ما افاده ره بقوله ان الهبة انما تفهم من تجريد اللفظ عن
العوض لا من مادة التمليك فهي مشتركة معنى بين ما يتضمن المقابلة وبين ما يتجرد عنها ام

٢ فتامل ح

واما ما تقدم ذكره من ايراد بعض المعاصرين بانه لا يراد بالصراحة في كلامهم ما يشمل ذلك
فهو ممنوع بان ظاهر جماعة منهم وان كان ذلك الا ان قول جماعة بجوازه لا يبلغ مرتبة
الحجة ما لم ينته الى حد الاجماع وكيف ينتهي الى ذلك الحد وقد خالف فيه جماعة كثيرة
وقد عرفت ان مذهب المشهور هو ان اللازم انما هو التعبير عن العنوان المعتبر في ذلك
العقد عند الشارع وانه لا يجوز الاجارة بلفظ العارية مثلا ويجوز بلفظ بيع المنفعة و السكنى
وعلى هذا فيكفي المجموع المركب في اعطاء العنوان عنده ولا يلزم حصوله من المفرد
ففي قولنا ملكتك بكذا يصير المجموع المركب مفيدا لعنوان المعاملة واما ما ذكره المعاصر
المذكور بقوله والاحرى في نقلته اليك وادخلته في ملكك وجعلته لك والمفروض
عدمه ففيه منع الملازمة بالنسبة الى الاول والاخير ومنع بطلان اللازم بالنسبة
الى الاوسط ودعوى ان المفروض عدمه يمكن توجيه المنع عليها بان ان اراد ان المفروض
عند الاصحاب كلهم او عند المعاصر بخصوصه ذلك فتوجه المنع عليه كما يعلم وان
اراد ان المفروض عند جماعة ذلك فيتجه عليه ان مجرد فتوى جماعة من الاصحاب فيه لا تكفي
ان التمليك حقيقة في القدر المشترك بين البيع والعطية والهبة وان اريد
منه البيع من لفظ صار مجازا واستعمال الالفاظ المجازية في العقود غير جائز وان
لم ترد الخصوصية من اللفظ كان عنوانا عاما غير منطبق على المقصود الذي هو
خصوص البيع ففيه ان هذا انما يتم على القول باشتراط كون الصيغة بنفسها
مع عدم انضمام شيء مما يكشف عن دلالتها صريحة واما على القول بالاكتفاء
بكون المجموع المركب صريحا كما هو الظاهر من الاكثر فلا يتم لان المجموع المركب من لفظ التمليك
والعوض المنضم اليه يصير صريحا في عنوان البيع انتهى محصله القول الثالث
ما افاده في محكي المصابيح من انه يشكل الايجاب بما يفيد لفظة ملكت لاحتمالها غير البيع
وان كانت نصا في الايجاب ولا يجدي ذكر العين والعوض لان تمليكها به قد يكون بالهبة و

الصلح

والصلح فلا يتعين بيعا الا اذا قصد البايع به فقال ملكتك بالبيع ومنه يظهر وجه المنع لما هو
ظاهر الجامع مع ضعف اطلاقه لاطلاقه وغيره ولو حمل المنع فيه على التجرد عن القرينة والمجوز ان
في غيره على المقيد زال الاشكال انتهى وحكي عنه في صاحب الجواهر بزيادة احتمال حمل
المنع على ما اذا استعمل فيه مجازا بملاحظة الخصوصية والجواز على ما اذا انعقد به العقد والجواز
على استعماله على جهة الحقيقة وان استفيدت الخصوصية من قيد آخر كملكتك فقد عرفت
ما يتجه على هذا ثم انه ره بعد ذكر جملة من الكلام قال وعلى كل حال فالاقوى صحة الايجاب
بالتمليك مقيدا بالبيع ثم حكي عن المصابيح تحقيقا لحال ما كان من الالفاظ الموضوعة للقدر
المشترك بين البيع وغيره نحو النقل والامضاء بل الظاهر تحققه عند اخذه في
ملكك بل وجعلته لك بناء على كون اللازم حقيقة في الملك او اريد ذلك منها بالقرينة
بناء على انها للقدر المشترك بينه وبين الاختصاص ضرورة اشتراك الجميع في المعنى
مع ملكت انتهى يعني انه يقع ايجاب البيع بهذه الالفاظ بعد تقييدها بما قيد به
ملكتك من قوله بالبيع ولكن يمكن الفرق بين ملكت وان لم يقيده بقوله بالبيع وانما قيده
بالعوض وبين غيره على ما عرفت من منع قضاء التمليك بقوله نعم او وقع بالعقود فيما
لم يعرض عنه الاصحاب ومعلوم ان ملكتك متصف بهذا الوصف دون غيره من
الالفاظ المذكورة فتدبر واما الايجاب باشتريت ففي مفتاح الكرامة انه قد يقف
بصحته لما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة والمنقول عنها في نسختين من تعليق الارشاد
اقول الظاهر انه تصحيف شريت لما هو الموجود في النسخة التي رأيناها لعدم تعرض الفقهاء
عليها دون شريت ويؤيده انه لم يذكر اشتريت بالخصوص احد من الفقهاء في عداد الفاظ
ايجاب البيع وان كان بعض اهل اللغة ذكر استعماله في معنى ايجاب البيع وفي
ففي شرح القاموس يقال اشتراه اذا ملكه بالبيع ويقال اشتراه اذا باعه انتهى ثم ان
ان الظاهر منها بعد ما عرفت هو حصر الفاظ الايجاب في بعت وملكت وشريت لانه

فيها صيغة الايجاب بعت او شريت او ملكت من جهة البايع ومثله عبارة الدروس لانه قال فيها فالايجاب بعت وشريت وملكت انتهى وزعم بعض المعاصرين ان عبارة القواعد تقتضي الحصر على خلاف صاحب الجواهر ره فحكم بان ما في الصريح في عدم الحصر محل نظر بل منع بل لعلها كالصريح سيما بملاحظة الحصر في القبول انتهى ولا يخفى على من لاحظ باب البيع من الكلام ان تحقيق ما فهم صاحب الجواهر ره لانه قال في عقد ولا بد من الصيغة الدالة على الرضا الباطني وهي الايجاب كقوله بعت وشريت وملكت والقبول وهو اشتريت او تملكت او قبلت انتهى وسياقه يعطي عدم انحصار الايجاب لانه حكم اولا بلزوم الصيغة الدالة على الرضا الباطني وهو امر كلي ثم حكم عليه بانه الايجاب والقبول وادخل الكاف على الفاظ الايجاب وهو ظاهر بل صريح في التمثيل واما ما ذكره المعاصر ايضا من كون الحصر في القبول قرينة على الحصر في الايجاب ففيه ان ما ذكره في جانب القبول ليس صريحا ولا ظاهرا في الحصر لاحتمال التمثيل فيه اعتمادا على ما ذكره في جانب الايجاب واحتمال انه يقول بالحصر في جانب القبول دون الايجاب هذا وقد نسب القول بالحصر في الثلثة الى جماعة وقال الى صاحب الجواهر ره كما نسب عليه الجمع بين ما ذكره في لفظ بعت وشريت من دعوى الاجماع وبين ما ذكره هو دليل الحصر ومحصله ان الصريح المعتبر عندهم ما كان دالا على خصوص البيع وضعا فلا يكفي ما دل عليه بالقرينة وتوضيحه المشترك المعنوي ولو كانت لفظة موضوعة لذلك والا لكفى المجاز كذلك والتالي باطل عندهم فالمقدم مثله والملازمة ظاهرة والاكتفاء بملكت للاجماع ان ثبت لا نقض بالتعدية لا غيرها ودعوى ان منشأ انما هو اصالة البيع في تمليك الاعيان بالعوض فيتعدى منها الى جميع ما كان بمعناها مما هو المشترك بين البيع وغيره محل منع بل لعل منشأه الترادف مع بعت كما نسب الى الكركي وغيره فلا يلزم منه التعدية الى غيرها مع انتفاء ذلك فيها كما هو واضح وانه حكمة لا نعرفها كما هو الوجه ودعوى ان الصريح ما كان دالا بالوضع مطلقا في مقابل المجاز فيشمل المشترك المعنوي كاللفظ مما يأتي التدبر في

عبارتهم

عبارتهم واصطلاحهم في محاوراتهم لا تخفى على المتتبع ولهذا احتمل كون المراد عندهم على ثبوت ذلك لغة وتعارفه على السنة الفقهاء وعدم رفضهم له فلا يكفي مجرد الصحة لغة وصلاحيته فيها قبل وشمول الاطلاقات للفظ مجازي او مشترك لفظي او معنوي افاد معنى البيع ولو بالقرينة محل نظر بل منع لقرب احتمال انصرافها الى المتعارف ومعلوم ان جميع ذلك ليس من ذلك القبيل بل جزم بعضهم بانصرافه الادلة الى اشخاص العقود المتعارفة لا الى انواعها مضافا الى معلومية كون المعاملات قد شرعت لنظام امر المعاش المطلوب لنفسه ولتوقف امر المعاد عليه ولما كانت منشأ الاختلاف والتنازع والترافع وجب ضبطها بالاسباب الظاهرة الكاشفة عما في المعاني المقصودة بما في العقد والحل والربط والفك ونقضا للغرض الداعي الى وضع المعاملة واثباتها في الشريعة والفهم بذلك انما هو بالسياق وما في ضمير الانسان من الالفاظ الموضوعة لذلك دون غيرها مما لا يفهم منه المعنى المقصود الا بالقراين من الالفاظ الموضوعة للقدر المشترك والمجازات ولا فعال والاشارات والكنايات والكتابات ونحو ذلك ثم انه ره قال في ذيل الكلام ومن هنا كله يظهر لك انه لا اقتصار على الالفاظ الدالة وضعا على ما هو الاولى بل متعين ومقتضاه عدم جواز الايجاب بلفظ ملكت وكذا بلفظ شريت بل بعت لكون الاول من المشترك المعنوي والثاني من المشترك اللفظي لانه احسن من الاول عند منع من المشترك المعنوي المقرون بالقرينة لقيام الاجماع عليه فمنع الاصحاب من الكل مشترك لفظي فيلزم ان لا يجوز الايجاب بذلك لعدم الفرق بينه وبين المشترك المعنوي في الافتقار الى القرينة وح فيشكل الايجاب بلفظ بعت وشريت ايضا لكونهما من المشترك اللفظي باعتراف الا ان يلتزم بخروجهما بالاجماع وح فلا يبقى لنا سبيل هذه القاعدة وجه لقائلها بل لا وجه مع ان ما ذكره من انصراف العقود الماموربالوفاء بها الى العقود المتعارفة ممنوع هذا ولكن مقتضى ما ذكره من منافاته لكون قوله تعالى اوفوا بالعقود صنفا وانه يصح التمسك به في موارده الا لم يعم

الاصحاب عن التمسك بما هو جواز الايجاب بالالفاظ المذكورة واما الحصر فيها فلا بل يكفي ٢ الكناية
كل لفظ دل على المقصود دلالة واضحة صريحة ولو كان ذلك بواسطة القرينة وان كانت
من قبيل الامور العقلية والقرائن المقامية فوكيلي واما القبول فلا ينبغي الاشكال
في وقوعه بلفظ قبلت ورضيت واشتريت وشريت وابتعت وتملكت وملكت
مخففا الظاهر ان عدم ابانة الاشكال بالمقام انما هو بحسب مذاقه وفي جامع المقاصد ذكره
فان اخص الالفاظ السبعة من حيث الدلالة على القبول انما هو شريت وهو مقرون
بقرينة لفظية اعني الفاظ الايجاب بل الفاظ المتعلقات التي تذكر للفظ شريت والاولى انهم
مختلفة والقدر المتيقن المستفاد من المسائل هو الاقتصار في القبول على اشتريت و
قبلت دون غيرهما بل ذلك ظاهر العبارة التي قد مضى حكايتها عند الكلام على الايجاب
بلفظ بعت وقد يدعى انفهام انحصار الفاظ القبول فيهما من عبارة الغنية المحكية التي
قد مضى حكايتها هناك ايضا وقد تقدم الكلام في ذلك وفي الجواهر للقاضي عبد العزيز
بن البراج مسئلة اذا قال المشتري للبايع بعني بكذا وقال البايع بعتك هل ينعقد
البيع ام لا الجواب لا ينعقد البيع بذلك وانما ينعقد بان يقول المشتري بعد ذلك
قبلت او اشتريت لان ما ذكرناه مجمع على ثبوت العقد وصحته به وليس كذا ما خالفه
وما ادعى ثبوته وصحته بغير ما ذكرناه فعليه الدليل والاصل عدم العقد وعلى من
ادعى ثبوته الدليل انتهى وفي التذكرة والقبول من المشتري قبلت او ابتعت او اشتريت
او تملكت وفي القواعد والقبول وهو اشتريت او تملكت او قبلت وفي الدروس والقبول
ابتعت واشتريت وتملكت وقبلت وامثال هذه العبارات مما اقتصر فيه على الفاظ خاصة
من دون تصريح بالحصر دالة على ان المقصود انما هو التمثيل يحتمل فيها وجهان احدهما
ان نقول ان المراد بها التمثيل على حسب ما وقع في كلمة دالة على ذلك مثل ما حكي من التحرير
من قوله والقبول اللفظ الدال على الرضا مثل قبلت واشتريت ونحوهما وما في الارشاد

حيث قال ويشترط وقوعهما الايجاب والقبول بلفظ الماضي العربي كبعت من البايع واشتريت
من المشتري وشريت منهما لانه مشترك بين البيع والشراء وملكت بالتشديد من البايع
والتخفيف من المشتري وتملكت انتهى ٣ ويدل على هذا الوجه ما ذكره في جامع المقاصد
عند قول العلامة ره والقبول وهو اشتريت او تملكت او قبلت من ان الظاهر ان الاولى
القبول كاشتريت لا ابتعت ونحوه قبول قطعا انتهى ويؤيده ما حكي عن العلامة الطباطبائي ره
من القطع بعدم الفرق بين الصيغ المؤدية للمعنى لا عقلا ولا شرعا وفي الجواهر بعد توقف
النقل على خصوص اللفظ المعين لزم الاقتصار على بعت واشتريت وقبلت ولم يجتزء بغيرها
لعدم ثبوته بعينه من نص ولا اجماع ورضيت في القبول اظهر من ملكت وشريت
واقرب الى مفهوم قبلت فلا ان ولى بالجواز منهما انتهى بل قد يتوهم جوازه بكل لفظ
موضوع لذلك ولو مشتركا معنويا او بكل لفظ دال على ذلك ولو مجازا على نحو ما سبق في
الايجاب وثانيهما ان نقول انما هو مبني على دعوى حصول القبول ببعض دون بعض
او على وجه دون وجه اخر وان لم يحصل الحقيقة ويؤيده ما حكي من تعليق الارشاد من الترديد
في رضيت بل قبلت وان كان بمعناه لاحتمال توقف النقل على الصيغة المعينة بهذا
ولكن الانصاف ان الجمع بين كلمات الاصحاب بحيث يحصل التوافق بين الجميع في
هذه المسئلة لعسر جدا لان ذكر من المسائل من جملة القضايا التي لا باس بها ولكن
الحكم على مقتضى قاعدتنا التي ذكرناها من التمسك بقوله تعالى اوفوا بالعقود في كل لفظ
صدق عليه انه تحقق العقد به ولم يعرض الاصحاب عن العمل به في ذلك الموضع مما لا اشكال
فيه فوكيلي ثم ان في انعقاد القبول بلفظ الامضاء والاجازة والانفاذ وشبهها
وجهان العلم منشأ الوجهين انها ليست بصريحة لعدم وضعها لعنوان القبول مثل لفظ
قبلت ولا لعنوان طرف المعاملة كاشتريت وقد اشترطوا الصراحة في الفاظ العقود مع
عدم تصريح منهم بوقوع القبول بها فلا ينعقد بها وانما الظاهر ان الصراحة واعتبار لفظ

٣ وما عن صريح الجامع صحة القبول ببعت
مح

تعرض لما تعرض له من الجامع من الترديد في القبول بلفظ رضيت منه دام عزه

٣ اللفظ الحقيقي او المجازي الذي قد يقرر

حقيقي انما هي بالنسبة الى الايجاب وحده وذلك لكون القبول تابعا يكشف معناه واختصاصه
بخصوص عقد كالبيع مثلا بواسطة لحوقه الايجاب الخاص الذي هو المتبوع ولذا يجوز
الاكتفاء بلفظ قبلت بعد ايجاب البيع مثلا من دون ذكر لفظ البيع مفعولا له استغناء
بالقرائن بالاقتران وهذا وان كان من جملة القرائن المقامية الا ان الظاهر ان الاستغناء
عنه انما هو في خصوص القبول الذي هو من التوابع للايجاب من قبيل الكلمة وعلى ان
نقول ان منشأ الوجهين هو التردد في انه يلزم ان تكون القرينة اللفظية الحقيقية
التي اعتبرها المصرح في كلام من تكلم بالكناية او باللفظ المجازي الذي تعيينها القرينة في خصوص
الصراحة ام يجوز ان تكون اللفظ الحقيقي الواقع في كلام كل من المتكلم والمخاطب قرينة
على المراد بالكناية او المجاز في كلام الاخر فان قلنا بالثاني صح انشاء القبول بلفظ الامضاء
وما بعده لان لفظ الايجاب المستعمل في معناه على وجه الحقيقة في كلام الموجب قرينة لفظية
حقيقية على المراد بالامضاء واخواته باعتبار كون ذلك محققا لمورده هذا ومتعلقه ولا
بعد في هذه الدعوى فانه قد وقع في كلام الشهيد الثاني ره في تمهيد القواعد ما يؤيدها
اعظم تأييد فانه قال ره في القاعدة الاولى من القسم الثاني من الكتاب المذكور انه لا يشترط
في الكلام صدوره من ناطق واحد وبنى ذلك انه تصور ان يتواطأ مثلا شخصان
على ان يقول احدهما زيد ويقول الاخر قائم ومن فروعها الشرعية ما لو حلف لا يتكلم
باعتاق عبد او بيعه او غير ذلك فاتفقا على ان يقول احدهما مثلا هذا ويقول الثاني
حر ومقتضى القاعدة صحة ذلك لكن لم اقف فيه على كلام لاحد نفيا ولا اثباتا ومنها
ما اذا قال لي عليك الف فقال المدعى عليه الا عشرة او غير عشرة ونحو ذلك فيحتمل كون
مقرا بباقي الالف وجهان من ظاهر القاعدة ومن انه لم يوجد منه الا نفي بعض ما قاله الخصم
ونفي الشيء لا يدل على ثبوت غيره وهذا اقوى انتهى والمقصود من ذكره التقريب والا فاصل
القاعدة عندنا غير ثابت لم يقم عليها دليل ثم على تقدير ثبوتها فما ذكره في الفرع الثاني من انه

لم يوجد

لم يوجد منه الا نفي بعض ما قاله الخصم ونفي الشيء لا يدل على ثبوت غيره لا وجه له لان
اداة الاستثناء معناها ليست من الالفاظ التي تستقل بافادة النفي بل لا بد في افادتها من الاتصال
بما قبلها ثم فرض دلالتها على النفي لا بد من الالتزام معها بالاتصال بما قبلها وح فلا وجه لدعوى
مجرد نفي شيء من غير ثبوت غيره ويؤيد ما ذكرناه انتهى ان العلماء يعتبرون ما يصح اصدارها
اذا وقع في كل من كلامي السائل والمسئول في الاخبار قرينة على الاخر هذا ان قلنا بالثاني
وان قلنا بالاول اما مطلقا او في خصوص الايجاب والقبول المعتبرين في العقود لم يصح انعقاد
القبول بلفظ الامضاء واخواته على ما هو المحكي عن جماعة منهم السيد عميد الدين ره والفاضل
المقداد والمحقق والشهيد الثاني بناء على اعتبار العربية في العقد يعني عقد البيع واعلم ان عقد
البيع مساو لسائر العقود اللازمة ما عدا عقد النكاح فان الظاهر ان من اعتبر العربية فيه
اعتبرها فيها جميعا ولهذا ذكر المحقق الثاني ره في جامع المقاصد في شرح قول العلامة ره ولا بد
من صيغة الماضي انه يشترط وقوعهما يعني الايجاب والقبول بالعربية مراعى فيهما احكام
الاعراب وكذا في كل عقد لازم انتهى وكذلك الشهيد الثاني ره فانه في كتاب البيع من
الروضة وان اعتبر العربية في العقد ولم يتعرض لحال سائر العقود اللازمة نفيا ولا اثباتا
لكنه في كتاب النكاح اعتبر العربية في عقده مشبها له بغيره من العقود اللازمة واما عقد
النكاح فالظاهر وجود الفرق بينه وبين سائر العقود بكونه اقوى منها لكونه متعلقا بامر
الفروج الذي هو محل الاحتياط واهتمام الشارع بكون الاقدام عليه على وجه متعلق من الشريعة
فاعتبار العربية فيه لا يستلزم اعتبارها فيها اتم ولهذا نرى جماعة من اعاظم فقهائنا رضي الله عنهم
منهم الشيخ ره فقط والمحقق ره في نع والعلامة ره في عد والتذكرة سكتوا عن اشتراط العربية
في عقد البيع واعتبروها في عقد النكاح وصرح الشهيد الثاني ره في الروضة بكون النكاح
اولى من غيرها قال ره ولا يجوز العقد ايجابا وقبولا بغير العربية مع القدرة عليها
لان ذلك هو المعهود من صاحب الشرع كغيره من العقود اللازمة بل اولى وينبغي جواز

البحث في مقاصد الاول في عقد النكاح قال الشيخ في كتاب النكاح من ط هذا اذا عقد بالعربية
فان عقد بالفارسية فان كان مع القدرة عليها [illegible] على العربية فلا ينعقد بلا خلاف
وان كان مع العجز فعلى وجهين احدهما يصح وهو الاقوى والثاني لا يصح فمن قال لا يصح
قال يوكل من يقبلها عنه او يتعلمها ومن قال يصح لم يلزمه التعلم واذا احتيج بالفارسية
احتاج الى لفظ يفيد معنى العربية على وجه لا يخل بشيء منه فيقول الولي اين زن تو
دادم بزني ومعناه هذه المرأة زوجتكها ويقول الزوج بذيرفتم يعني قبلت هذا النكاح
انتهى وقال العلامة ره في التذكرة في كتاب النكاح لا ينعقد الا بلفظ العربية مع القدرة
فلو تلفظ باحد اللفظين بالفارسية او غيرها من اللغات غير العربية مع تمكنه ومعرفته بالعربية
لم ينعقد عندنا الى ان قال واما اذا لم يحسن العربية فان امكنه التعلم وجب والا
عقد بغير العربي للضرورة انتهى وفي تع ولا يجوز العدول عن هذين اللفظين الى
ترجمتهما بغير العربية الا مع العجز عن العربية وفي حاشية المحقق الثاني ره عليها الا ان
في اعتبار وقوع عقد النكاح بالعربية فيبطل لو وقع بغيرها والمراد بالعربي ما كان لفظه
باعتبار مادته وصورته ولو غير بنية الكلمة او لحن في اعرابها لم ينعقد مع القدرة على العربي
كما لو اتى بالترجمة مع العلم بلسان العرب اما لو لم يكن عالما بذلك ولم يمكنه التعلم او امكنه
بمشقة العادة فانه يكفيه الايقاع بمقدوره وان تمكن من التوكيل وكذا كل موضع يعتبر فيه
اللفظ العربي انتهى وفي القواعد ولا يصح بغير العربية مع القدرة ويجوز مع العجز
قال المحقق الثاني في شرح هذه العبارة فلا ينعقد النكاح وغيره من العقود اللازمة
بغيره من اللغات كالفارسية مع معرفة العاقد وتمكنه من النطق فذهب الى ذلك اكثر الاصحاب
وقال ابن حمزة ان قدر المتعاقدان على القبول والايجاب بالعربية عقدا بها استحبابا
والاصح الاول انتهى وتوضيح الحال ان المسألة تتصور على صور ثلاث احديها ان يكون
المباشر للعقد عالما بالصيغة العربية فعلا متمكنا من اجرائها كالفقيه العالم باللغة العربية

يعني [illegible] منه دام عزه

ومواقعها

ومواقعها والعربي الفصيح الذي لا مانع له من اجرائها على طبق قواعدها الثانية ان يكون عاجزا
عنها فعلا لكن يكون متمكنا من التعلم الميسر عليه حال الحاجة اليها او متمكنا من التوكيل
الثالثة ان يكون مع عجزه عنها بالفعل عاجزا عن التعلم والتوكيل ايضا واما الصورة
الاخيرة فلا اشكال ولا خلاف في صحة العقد فيها بغير العربية ولا يكون متمكنا من
ايقاع العقد وما من ارباب التزويج وحكم هذه الصورة هو القدر المتيقن مما ذكروه من
ان العاجز عن العربية يعقد بغيرها ومثلها ما لو لم يكن متمكنا من التعلم وحينئذ فلا يجب
عليه التوكيل مع تيسره بل يعقد بمقدوره لاصالة البراءة من وجوب التوكيل والى هذا
اشار العلامة ره بقوله في العبارة المتقدمة واما اذا لم يحسن العربية فان امكنه التعلم وجب
والا عقد بغير العربي للضرورة انتهى حيث حكم بالعقد بغير العربي على تقدير عدم
التمكن من التعلم وصرح به المحقق الثاني ره في ذيل حاشية الشرايع المتقدم ذكرها اما
الصورة الثانية فمقتضى كلام الشيخ الذي حكيناه عن ط هو وقوع الخلاف فيها لانه قال
وان كان مع العجز فعلى وجهين وجعل احدهما الصحة وقواها وجعل الثاني عدم صحة
العقد بغير العربية ثم قال فمن قال لا يصح قال يوكل من يقبلها عنه او يتعلمها فان كلامه
هذا كاشف عن وجود القائل وان المراد بالوجهين في كلامه القولان وكاشف ايضا عن ان المراد
بالعجز المفروض في كلامه انما هو العجز فعلا دون العجز رأسا [illegible]
والا لم يكن للقائل بعدم الصحة ان يحكم بانه يوكل غيره او يتعلم وح نقول ان الحق
هو القول بالصحة لاصالة البراءة من وجوب التعلم والتوكيل فبان [illegible] وقد صدق عليه العقد فيجب
الوفاء به لقوله تعالى اوفوا بالعقود واعلم ان وجه المسئلة في التعلم وفوت الغرض المعتنى به بسبب التاخير بالتعلم فانه
بعد [illegible] في الصورة الثانية فلا يجب التعلم حتى عند من يوجب التعلم عند القدرة عليه وقد عرفت
ما ذكره المحقق الثاني ره في حاشية الشرايع المتقدم ذكرها حيث قال اما لو لم يكن عالما بذلك
ولم يمكنه التعلم او امكنه بمشقة العادة فانه يكفيه الايقاع بمقدوره وان تمكن من التوكيل وقد صرح في كشف اللثام به للاصحاب

ويجوز القطع

[illegible] لعل المراد [illegible] هو الصحيح فافهم منه دام عزه

مع العجز عن العربية ولو بالتعلم بلا مشقة ولا فوت غرض مقصود وربما قيل بلزوم التوكيل وهو اولى ليقع باللفظ المتلقى من الشارع لكن الاصل يدفعه انتهى وهو مقتضى التحقيق مما ذكرناه في ساير من ان اصل البراءة ينفي وجوب التعلم مع المشقة او فوت الغرض المقصود ووجوب التوكيل ويصدق على العقد بالفارسية انه عقد فيلزم الوفاء به بحكم قوله تعم اوفوا بالعقود ولا اجماع في ذلك فاعتبرنا من العمل به حيث لم يعرض عنه الاصحاب لان منهم من افتى هنا بصحة العقد كما عرفت هذا وذكروا الجواز ايقاع عقد النكاح بغير العربية وعدم وجوب التعلم ولا التوكيل وجوها احدها الاصل اعني اصالة البراءة من وجوب التعلم او التوكيل وقد اشار اليه المحقق الثاني في جامع المقاصد حيث قال نعم يجوز لمن لا يعلم الايقاع بعقد ولا يجب التوكيل للاصل نعم يجب التعلم ان امكن من غير مشقة عرفا انتهى وثانيها رفع الحرج ذكره في كشف اللثام وثالثها فحوى الاجتزاء باشارة الاخرس ذكره فيه ايضا ورابعها عدم النص الامر بالعربية ذكره فيه ايضا وهذا يحتمل وجهين احدهما ان يكون المراد به اجراء الاصل اصل البراءة فيصير المحصل انه لما لم يكن به امر كان الشك فيه شكا في اصل التكليف فيرجع الى البراءة وح يكون المراد به عين ما ذكره المحقق الثاني وثانيهما ان يكون المراد ان نفس عدم الامر بالعربية مع عموم ابتلاء الناس بالعقود امارة ظنية على عدم اعتبارها لانه كان اللازم ح بمقتضى مناصبهم عم بيان ما يجب على الناس واظهار ما به يصح عقودهم لما هو شانهم عم فحيث لم يبينوا مع عموم ابتلاء الناس وحاجتهم الى البيان كان ذلك امارة على عدم اعتبارها كما هو الشان في كل ما يعم به التكليف ويحتاج الى بيانه وح يصير مغايرا لما ذكره المحقق الكركي وفي الجواهر بعد التمسك بفحوى الاكتفاء باشارة الاخرس مانصه بل ذلك بعدم العثور فيه على خلاف بين الاصحاب بل في المحكي عن كشف اللثام قطع به الاصحاب انه يجوز بغير العربية للعاجز عنها ولو بالتعلم بلا مشقة ولا فوت غرض مقصود بل ظاهر الاجتزاء بذلك وان تمكن من التوكيل كما صرح به بعضهم

للفحوى المزبورة فما عن بعضهم من اعتبار ذلك في الاجتزاء بها لا يخفى من نظر انتهى ومراده بعدم العثور على الخلاف انما هو عدم العثور على الخلاف في ان لا بحيث يكون المخالف معلوما فلا ينافي ما في كشف اللثام من قوله وقيل بلزوم التوكيل وما فيها من قوله فما عن بعضهم من اعتبار ذلك في الاجتزاء بها لكون القائل غير معلوم عنده كما هو غير معلوم عندنا اذ لم نعثر على الكلام فيما حضرنا من الكتب مشتملا على التصريح بالقائل وكيف كان فقوله كاشف اللثام انه قطع به الاصحاب وان كان ظاهرا في العموم الا ان نقله القول بلزوم التوكيل قرينة على عدم ارادة العموم وان المراد قطع اكثر الاصحاب لكن الامر في حكم المسئلة سهل بعد وضوح دليل الجواز ووهن المخالف ودليله اذ ليس له الا ما ذكرناه على الاتفاق وفي نفي الخلاف في الصورة الاتية من الوجوه وستعرف ومنها ما ورد عن بعض المعاصرين للقول بالجواز والصحة وجعلها ماسا وهو الاطلاق المقتصر على خروج القادر على العربية فعلا عنها اذ لا نص على اعتبارها كي يتمسك باطلاقه ثم تنظر فيه وفيما قبله من جملة ما ذكرناه ثم قال ولعله لذا وقع اصالة عدم السببية لذلك مع الاطلاق وانما الثابت في الجملة قيل باعتبار العجز عن التوكيل لما عن بعضهم ثم قال وما في مفتاح الكرامة من انه مدفوع بالاصل في غير محله وبما ذكرناه من التمسك بقوله تعم اوفوا بالعقود يندفع الاصل انتهى وبعد ذلك كله لا ريب في ان الاولى ما جعله في كشف اللثام اولى لحسن الاحتياط خصوصا في امر الفروج وللتيمن باللفظ المتلقى من الشارع هذا وبقي الكلام في الصورة الاولى فنقول لا ريب في مصير الاكثر والمعظم الى اعتبار العربية فيها بل لم يحصل لنا دراية ولا رواية عثور على مخالف في المسئلة عدا ابي جعفر محمد بن علي بن حمزة فانه قال في كتاب النكاح من الوسيلة وان قدر المتعاقدان على القبول بالعربية عقدا بها استحبابا وان عجز اجاز بما يفيد معناه من اللغات انتهى ثم ان ما وقع التمسك به للقول الاكثر وجوه الاول الاصل وقد تمسك به بعض المعاصرين والظاهر ان

صيد القا

مراده اصالة عدم سببية عقد لحل الاستمتاع وان ذلك هو مراد المحقق الثاني رة في جامع
قوله ان الناقل هو الالفاظ المخصوصة وغيرها لم يدل عليها دليل ومعلوم ان العقود
الواقعة في زمن النبي صلى والائمة عم انما كانت بالعربية انتهى نظرا الى ان ما ذكره انما هو
على الاحوان مورد الاصل فلانه قال تثبت كون الالفاظ مخصوصة من قبيل النواقل الشرعية
ولم يثبت غيرها ويدل على الامرين ان العقود الواقعة في زمن النبي صلى انما كانت عربية فيثبت
اعتبار العقود العربية ولا يثبت غيرها فيتبع بعدم الثبوت على الاصل الذي هو عدم
السببية ومثل عبارة كشف اللثام حيث قال فيه لان العقود متلقاة من الشارع
مع الاصل الثاني ان الفاظ العقود توقيفية كالعبادات وهذا الوجه يحتمل عبارة
جامع المقاصد وكشف اللثام وعبارة الثاني اظهر في هذا الوجه خصوصا ما تضمنه ذيل
كلامه حيث قال وابن حمزة استحب العربية لانه من الالفاظ الصريحة المرادفة للعربية
وجوابه منع الكبرى لما عرفت انتهى لان الظاهر ان قوله لما عرفت كناية عن كون العقود
متلقاة من الشارع الثالث الاحتياط في الفروج ذكره في كشف اللثام الرابع ان غير
العربي غير صريح فهو من قبيل الكنايات التي وقع المنع عن استعمالها في العقود في
كلام الفقهاء وهذا الوجه يعطيه كلام العلامة رة في التذكرة لانه بعد ان حكم فيها
بعدم الانعقاد بغير العربية عند علمائنا قال وهو احد قولي الشافعي واحمد لانه عدل
عن النكاح والتزويج مع القدرة فصار كما لو عدل الى البيع والتمليك وقال ابو حنيفة
واصحابه والشافعي في القول الثاني ينعقد اعتبارا بالمعنى وليس بجيد لانه غير العربي بالنسبة اليه
كالكناية ولا يعتبر بها انتهى الخامس التاسي السادس ان العقد بغير الماضي ليس صحيحا
مع انه عربي اتفاقا فغير العربي اولى بذلك السابع ان الايجاب والقبول بغير العربية
لا يصدق عليه انه عقد بل زاد بعضهم في الطنبور نغمة اخرى وهي ان غير العربية
من اللغات ليست لسانا ولا لغة لا عند العرب لعجم ولا العجم هو ممن لا لسان له بل حكي عنه بعض

من ناحى

من ناحى ان اشارة الاخرس وانه كالشاة لا فيه الا ان غير العربي يحكم عليه بما حكم به على اشارة
الاخرس من الاجزاء ولا يخفى عليك ما في الوجوه المذكورة من الضعف وجرح ان الاول يندفع بالدليل
وهو قوله نعم اوفوا بالعقود وان توقيفية الفاظ العقود ممنوعة كما تقدم ويعلم منه اندفاع
الاول الا ان يقال الاحتياط في الفروج وان الكناية انما هي من محتملاتها ومعانيها لا تنصرف في
على العقد بغير العربية الا ان يفرض للعاقد عربيا لكن الالفاظ مستقى من الفاظ العقد وهو
خارج عن المفروض وان التاسي انما يجب في معلوم الوجه وما كان ليس من قبيل
الامور العادية وان بطلان العقد بغير الماضي ليس بثابت الوضوح فهو اولى بالكلام
مضافا الى منع الاولوية لان غير الماضي بعيد عن مقام الانشاء بخلاف غير العربي المستعمل
في مقام الانشاء على طبق قواعد تلك اللغة واما الوجه الاخير فهو في ذيله فهو مما
يلحق بالخرافات الا ان يكون المراد به انصراف الاطلاقات في المعاملات الى المعهود الذي هو
العربي ويجيء الكلام عليه في المقام الثالث نعم وزاد بعض الناس في مقام دعوى وجوب
عدم التعرض في كلمات الائمة عم واخبارهم لاشتراط العربية انما هو من جهة بداهة الاشتراط
وكونه من المسلمات ولا يخفى عليك انه معارض بدعوى ان عدم التعرض انما هو من جهة
بداهة عدم الاشتراط وان وقوعه من اهل العصمة عم واتباعهم بالعربية انما هو
من جهة كونها لسانهم فلصاحب ان يجزيه انفاع العقد بلسانه فلم يبق في المسئلة
٢ عبارة م الا نفي الخلاف في كلام الشيخ رة ودعوى عدم الانعقاد عند علمائنا في التذكرة ونفي
الريب عن عدم الصحة بغير العربية في حاشية المحقق الثاني رة على الشرائع ولولا استنادهم
الى الوجوه المذكورة كانت هذه الدعاوى الثلثة قوية الا ان علمنا باستنادهم فيها
اوهنها الوهن ومع ذلك فلا ينبغي ترك العمل مع كون المورد مما هو مورد الاحتياط
هنا واما قول ابن حمزة فقد عرفت انه لم يتعرض هو لا للعربية ولكن جماعة ممن حكوا
خلافه في المسئلة بنوا القول منه فتبعهم الشهيد الثاني رة في الروضة حيث قال وقيل

ان ذلك مستحب لا واجب لان غير العربية من اللغات من قبيل المترادف فيصح ان يقام مقامه
ولان الغرض ايصال المعاني المقصودة ثم قال وهما ممنوعان اولا لكنهم استدلوا لو العقو
بادلتها وجوب الوفاء بالعقود وهذا كله بالنسبة الى الحنفية الذى هو جواز ايقاع العقد
بغير العربية واما اشتراط اعتبار العربية فلعله مبني على ما حسن الاحتياط او التبرك بالفاظ
النبي ص الثاني في عقد البيع وقد عرفت ان المحقق الثاني ره والشهيد الثاني ره اعتبرا
اشتراط العربية في كل عقد لازم وحكي مثله عن كنز العرفان والمقصود بيان عقد البيع
لا اختصاص له من بين العقود اللازمة بالشرط المذكور ويجري هنا جميع ما ذكرناه
في اعتبار العربية في عقد النكاح في المقام السابق على الاحتياط في امر الفروج ومعروفية
عدم الخلاف من كثيرة وعدم الوقوع بغير العربية عند علمائنا كما عن العلامة ره في التذكرة
ونفي الريب في كلام المحقق الثاني ره في حاشية الشرائع لان كثيرا ممن اعتبر العربية
في النكاح سكت عن اعتبارها ههنا والوجوه المذكورة فيه جريانها فيها والاتفاق ونفي الخلاف
غير قائم ان هنا ولكن مع ذلك قال بعض المعاصرين هنا لا نعرف خلافا في اعتبار العربية
مع القدرة عليها فعلا للاصل لا للتأسي ولان العقد بغير العربي غير صحيح مع انه عرف
اتفاقا فغير العربي اولى لكنك تعرف توجه المنع الى جميع ما ذكر بل احتمال الصحة بدونها
بل ربما صار اليها بعض من تاخر كما في الحدائق وغيرها للاصل والعمومات كتابا وسنة لصدق
البيع والعقد بدونها قطعا بل واجماعا ظاهرا للاطلاق الاصحاب وقلة المصرح باشتراطها
بل لم يوجد المصرح به قبل الثانيين كما قد يظهر من مفتاح الكرامة والاجماع على اعتبارها
في صيغة النكاح مع تسليمه غير قاض باعتبارها في البيع ونحوه بل عن ابن حمزة انها غير
معتبرة فيه لان غير العربي صريح مرادف له فيجزي به فيه فلا تعتبر عنده هنا بطريق
اولى الا ان الانصاف ان الجميع مستظهر بل قد يدعى انصراف العمومات الى العربية لانها هي المعهود
عند المخاطبين بها او بعدم معلومية صدق العقد بل والبيع على غيرها بناء على انه اسم

للصحيح

للصحيح او الاعم بناء على ركنية العربية لا اصل اعتبار اللفظ فيه وعلى ان الركن ما يتوقف عليه صدق
الاسم عرفا فتدبر واولى من ذلك عبارات الاصحاب سيما ما كان ظاهرها الحصر بالالفاظ
العربية بل قيل يستظهر منهم اعتبارها كما عن العميدي والمقداد النص عليه ايضا بل في الكنز النص
عليها في كل عقد لازم ولعله غير ذلك ايضا فليلاحظ ولعلها الاولى للتصريح بها في النصوص
والاستغناء عنها بطلب كل الصيغ الخاصة التي لا تتعدى منها الى مرادفها من العربية فكيف
تتعدى منها الى مرادفها من غيرها فتأمل جيدا والله اعلم ثم قال واما مع العجز عنها فعلا
ولو مع امكان التعلم المتيسر عليه حال الحاجة اليها فلا نعرف خلافا في الاجتزاء بغيرها كما صرح
به بعضهم بل عن كشف اللثام الذي قطع به الاصحاب انه يجوز بغيرها للعاجز عنها
ولو بالتعلم بلا مشقة ولا فوت غرض ولعله الحجة مضافا الى فحوى الاكتفاء باشارة
الاخرس مع العسر والحرج بل والاطلاقات المقتصر منها على خروج القادر على العربية فعلا عنها
اذ لا نص على اعتبارها كي يتمسك باطلاقه الحيثية لذلك ما يقتضي بعدم اعتبار العجز عن
التوكيل كما نص عليه كثير منهم الا ان الجميع محل نظر ولعله لذا مع اصالة عدم السببية
مطلقا وانما الثابت في الجملة قيل باعتبار العجز عن التوكيل كما عن بعضهم لانه القدر المتيقن
وما في مفتاح الكرامة من انه قد يفهم من الاصل في غيره محله بل مقتضى ذلك انه اعتبار
العربية الصحيحة مادة وهيئة واعرابا وبناء مع الاختيار ومع الضرورة تجزي بغيرها
انه كما عن صيغ العقود وغيرها هذا كلامه وفيه مواقع للنظر احدها انه نفى الخلاف
عن اعتبار العربية الصحيحة مادة مع القدرة عليها فعلا مع حكم عقد البيع الذي عليه الكلام
مسكوت عنه في كلمات كثير منهم بل اكثرهم بل لم يصرح باشتراطها هنا احد قبل المحقق الثاني
والشهيد الثاني ره وقد عرفت به هو ايضا فكيف ينفي الخلاف عن اعتبار العربية في حق
المتمكن فعلا لكن الانصاف انه يمكن الجواب بان تحقق الخلاف يتوقف على وجود
المصرح به وليس هنا مصرح بالخلاف بل الفقهاء ره هنا بين فريقين ساكت ومتفق

باعتبار العربية فنحن لا نعرف خلافاً في اعتبارها مفروضاً لمسألة نعم لو كان قد ادعى الاتفاق
لكان الايراد متجهاً عليه من جهة سكوت جماعة كثيرة وانه لا تحقق الاتفاق مع السكوت
الثاني ان دعوى انصراف العقود الى العربية لكونها هي المعهودة عند المخاطبين ممنوع
لانه لان انصراف العقد الى العقود الواقعة بلسانهم وانصراف البيع الى البيوع الواقعة
بلغتهم انما هو من قبيل التشكيك الابتدائي الذي لا عبرة به كما في انصراف اللفظ في بلد واقع
على شاطئ الفرات اليه وانصرافه في بلد واقع على شاطئ دجلة الى مائها فهل ترى
ان احداً ممن كان ببغداد مثلاً لو طلب من عبده ماء فأتاه بماء الفرات كان عاصياً غير
ممتثل ام يعد مطيعاً مع وجود انصراف الماء الى ماء دجلة عندهم في بادي انظارهم
ومن المعلوم ان لكل قوم من العرب والعجم والهندي والرومي وغيرهم عقداً وبيعاً
وذلك معلوم لكل احد فمجرد ان فيهما خصوصية بدواً وكملاً وزيادة واذا بلغ الانس حد يوجب
التشكيك في ذلك الكلي بحيث ينصرف اللفظ الى ذلك الفرد وهذا امر مقرر في الاصول
واضح حكمه عند علمائها كما انه واضح عند اهل التعارف والتحاور لمن راجع طريقتهم و
عملهم فقد بطل بما ذكرنا انه ما ذكره من دعوى كون العقد والبيع اسمين للصحيح
لا يخفى سقوطه ضرورة انهما من الالفاظ العرفية العربية وليسا من جملة الحقائق الشرعية
ولا مما اعتبر الشارع في اطلاق اسمه واستعماله قيداً واستعمله على وجه الخصوصية ولو
سلم ذلك في البيع ونحوه مما هو اسم لعنوان معاملة خاصة كما هو محتمل كلام الشهيد
بناء على جريان نزاع الصحيح والاعم فيه وفي امثاله لم يسلم في لفظ العقد فانه من الالفاظ التي
لم يحتمل احد جريان نزاع الصحيح والاعم فيه بل من الالفاظ العرفية العامة الباقية على حالتها
الاصلية قطعاً الرابع ان ما ذكره من كون العربية ركناً في العقد والبيع على القول بكونهما
للاعم بحسب الوضع الشرعي او بحسب استعمال الشارع كما هو احتمال جريان نزاع
الصحيح والاعم كما حررناه في الاصول لا وجه له لا معنى لجريان نزاع الصحيح والاعم في المعاملات على نحو

الكيفية

الكيفية التي تجري في العبادات لان كيفية في العبادات عبارة عن ان الشرع هل وضع الفاظها
للمخترعات الجامعة للاجزاء والشرائط او استعملها مجازاً عن معانيها اللغوية ثم في المخترعات
الماخوذة على وجه لم من استجماع جميع الاجزاء والشرائط بخلاف الفاظ عناوين المعاملات كالبيع و
الاجارة ونحوهما فان كيفية النزاع فيها عبارة عن ان تلك الالفاظ هل هي باقية على معانيها
اللغوية او العرفية العامة ام هي منقولة عند الشارع الى العنوانات المقيدة بجميع القيود المعتبرة
في نظره ومستعملة في لسانه فيها على وجه الخصوصية والسر في الفرق هو ان العبادات
من مخترعاته فاذا وضع لها الالفاظ جاء الخلاف في وضعها للصحيح او للاعم بخلاف
المعاملات فانها امور موجودة في الاصل والفاظها موضوعة لمعانيها التي هي اعم من جميع
الشرائط في نظر الشارع وغيره فنقل الشارع لها من معانيها الاصلية الى المعنى الاخص
لا حاجة تدعو اليه ولهذا تمسك المتكلمون للصحيح فيها وهم الاكثر باطلاقها بحسب مفاهيمها
العرفية من دون ابداء فرق بين ما هو ركن وغيره بحسب الشرع حتى من القائلين
بالاعم الاركان نعم بعض من ما هو الثابت شرعاً من القيود وينفون ما عداه باطلاق
الفاظها بحسب العرف وعلى هذا فاعتبار ما هو ركن عند الشارع ونفي غيره مما لا مجال
له وهذا هو الحال بحسب الواقع وان شئت قلت لا يخلو اما ان يراد بركنية العربية
ركنيتها عند اهل العرف بحسب معانيها العرفية او يراد ركنيتها عند الشارع فان
اريد الاول فهو غلط اذ لم يعتبر في وضع العقد والبيع ونحوهما من الفاظ المعاملات
والعقود كونها واقعة باللفظ العربي كما لا يخفى على من راجع كتب اللغة وقياس العربية
على كون الايجاب والقبول من قبيل الالفاظ فاسد لان اعتبار اللفظ انما هو من
باب الركنية بل من كونه كاشفاً عن تحقق العقد والعهد واين ذلك من العربية
وان اريد الثاني فكذلك اذ لا معنى للقول بالاعم في المعاملات واعتبار وجود الركن الشرعي
لما عرفت من معنى الاعم فيها عند القوم والسر الذي بيناه في تصحيح النقل الى الاعم

بحرفه م

لعل ولهذا لم يحتمل احد فانه يكفي زيادة شرط على المعنى العرفي واعتباره فيما امضاه من نفس
المعاملة ولا حاجة الى التصرف في اللفظ بنقل او تجوز فيه باستعماله في المقيد على وجه
الخصوصية الخامس انه استظهر الحصر في الالفاظ العربية من عبارات الاصحاب ليس
في محله فانه لا يستفاد منها الحصر في العربي غاية ما في الباب انه من جهة كون الكتاب
والسنة وكتب الاصحاب عربيات تعرضوا لما هو الصحيح من هذه اللغة فيما بين الفاظها
ودعوى ان اهمال الاكثر التصريح بما انما هو لمعلوميته ممنوعة فان الحكم الشرعي لا بد
من بيانه كما انهم تعرضوا لما هو اوضح من ذلك واجلى وكذا دعوى ان اهمالهم انما هو للاستغناء
عنها بذكر الصيغ الخاصة التي لا يتعدى منها الى المراد فيها فان عدم جواز التعدي
الى مرادفها المساوي لها في مرتبة الصراحة ممنوع والى ما دونه انما هو من جهة انتفاء
الصراحة التي هي شرط في العقد فلا تقاس عليه حال التعدي الى ما يساويه من الترجمة
باي اللغات فوكس للناس كما في جامع المقاصد ليس فيه هذا اللفظ ولا ما هو عبارة
اخرى مساوية له في المعنى وقد عرضنا ذكر عبارته في ذيل الاول من وجوه قول الاكثر باعتبار ٢ الوجوه
العربية في عقد النكاح وبينا محصله ويحتمل ان المصرح استفاد التمسك بالناسي من قوله
في ذيل النقيا المتقدمة ومعلوم ان العقود الواقعة في زمن النبي صلى الله عليه وآله والائمة عليهم السلام انما كانت
بالعربية فوكس وفي الوجهين ما لا يخفى فقد بينا وجه رد الوجهين في ذيل الادلة
فوكس واضعف منهما منع صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي
لان معنى العقد هو العهد المؤكد المستوثق ولم يؤخذ في مفهومه ولو في مفهوم العقد
بالعربية مضافا الى انه صدق العقد على غير العربي في صورة عدم التمكن كما هو المصرح ٢ انه
به في كلماتهم وينبئ عنه التقييد بقوله مع التمكن من العربي لم يبق وجه لدعوى عدم
صدق مفهومه مع التمكن من العربي لان مفهومه لا يختلف بالتمكن وعدمه
فيتوجه الاستدلال بقوله تعالى اوفوا بالعقود وليس مما اعرض عنه الاصحاب في هذا

المقام

المقام فان قوله المصرح من صحة ايقاع عقد البيع بغير العربي هو الاقوى فوكس الاقوى
ذلك بناء على ان دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من اسباب النقل هل
الوجوه وان لم يذكره المصرح في عداد القائلين باعتبار العربية الا انه اشار اليه المحقق
الثاني في ذيل اول عبارته التي حكيناها عنه في ذيل اول وجوه اعتبار العربية في المقام الاول
وهو عقد النكاح انما بنى الحكم باشتراط العربية الهيئة على هذه الوجوه الثلثة
التي ذكرها مع الاغماض عن عدم اداءها الى المقصود من اصل حكم المسئلة لا تنهض
دليلا لاعتبار العربية باعتبار الهيئة اما الناسي فلكونه عبارة اخرى عن ان المتعارف
من زمن النبي صلى الله عليه وآله كانت بالعربية كما عبر به المحقق الثاني هو الذي نسب التمسك به
اليه ومعلوم انه كما كان في زمان النبي صلى الله عليه وآله يقع من العقود ما هو صحيح بحسب الهيئة كذلك
كان يقع منها ما هو ملحون بحسبها واما الاستدلال بما ان عدم صحته بالعربي الغير
الماضي يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريق اولى فلان ذلك لا يستلزم اعتبار
الصحيح بحسب الهيئة لكونه اعم منها واما منع صدق العقد على غير العربي فلان
ما كان مادته عربية وهيئته ملحونة من العقود يصدق عليه انه عقد ويصدق عليه انه
عقد بالعربية وهو ظاهر وليعلم ان من اعتبر العربية الصحيحة مادة وهيئة واعرابا
وبناء فلا عبرة بها في حال الاختيار الا مع الضرورة فيجزي غيرها انهم كما حكي عن صيغ
العقود وغيرها فوكس ولعله لعدم معنى صحيح في الاول الا البيع بخلاف التجويز
فان له معنى اخر فاستعماله في التجويز غير جائز كما كان يتوجه الى فخر الدين ره سؤال البيع
العرفي بعينه فيما حكي عنه بين تملك نفع الاول وبين ما لو قال جوزتك بدل زوجتك
حيث حكم بصحة العقد بالاول دون الثاني تعرض المصرح لدليله الفرق بينهما بعد نقل
الكلام ثم ورد عليه بعض المعاصرين بعد نقل قوله وقد يفرق اولا بانه لا خصوصية
لمعنى اللفظي فقد يكون معنى الاول معنى للمعنى كما يكون معنى الثاني معنى له معنى

[illegible]
[illegible]
كالوكل ونحنك فانه ليس له معنى صحيح الا النكاح فيصح مع قصده وثانيا بان المعنى الاخر غير ملحوظ
للمستعمل وانما غرضه معنى زوجتك وكذا غرض المجوزين وانما مثل بهاد ونحوها لجريانهما
على بعض الالسنة لا لخصوصيتهما بل قد يدعى الاجماع على عدم الفرق بين التحريفين فتدبر و
ثالثا بان الثاني لعله اولى من الاول بالصحة لان المستعمل الموضوع في الجملة سيما مع
صحة التجوز به خير من المهمل الذي ليس بموضوع اصلا ولا عبرة بقصد المعنى منه
قطعا مع انه لو جنع منا المعنى الاخر لم يكن فيه فرق بين القدرة على التوسل التعلم والتوكيل وبين
العجز عنهما اذ العجز غير مصحح للاستعمال لغة كما هو واضح انتهى كوضوح ان مقتضى ذلك
الغاء اعتبار اللغة التي جرت الاسباب الشرعية فيها دون ما في اللغات العربية الصحيحة بل ينبغي
يحكم عليها في الشك في الاندراج في الاطلاقات ونحوها بما على العجز انتهى من انه لو ابدل القاف
كافا في الطلاق صح وان امكنه النطق بغيره لانه لسان وبه في اللغة محل نظر ان لم يكن
اجماع عليه انتهى وعندك ان هذه الوجوه غير متجه اما الاول فلان دعوى انه لا خصوصية
لهذين اللفظين فيرجع الكلام الى مغير الهيئة الصرفية وما يكون فيه نوع تغير للمادة
ولو بالتقديم والتاخير وان من المعلوم ان بعض تغيرات الهيئة قد يصير مغير المعنى
كالوكال لحد بعث بضم التاء بعث بفتح التاء وان بعض تغيرات المادة قد لا يصير مغير
للمعنى لا يخفى ما فيها لانه مقتضى عدم خصوصية لبعث بفتح الباء وجوزتك للتزويج كونهما
من باب المثال لتغير الهيئة والمادة حتى يقال انه قد يكون بعض الاول مغير المعنى
ولا يكون بعض الثاني غير مغير اذ لعل ذكرهما انما هو من باب كون الاول مثالا لغير المغير
للمعنى وكون الثاني مثالا للمغير وعلى هذا فيتجه ما ذكره المصنف ولا يتجه الايراد عليه الا ان فيما
شاهد من كلام فخر الدين صريح او ظاهر في ان مراده غير ما ذكره المصنف وهو الاولى بذلك الا
مصدر بقوله لعل لافادة ان هذا محتمل واما الثاني فلان المصنف لا يدعي ان المعنى
الاخر ملحوظ للمستعمل ولا يدعي نسبة هذه الدعوى الى المجوزين وليس مقصوده منها على

هذه

هذه الدعوى وانما يريد ان جوزتك لما كان له معنى اخر فاستعماله في التزويج لا يخرج
لكونه من قبيل الكنايات الغير الصريحة في المقصود بخلاف بعثت بالفتح فانه اذا لم يكن
له معنى اخر كان نصا صريحا فيصح استعماله واما ما ذكره من انه قد يدعى الاجماع على عدم
الفرق بين التحريفين فليس مما ينفع بحال المصنف لانه لم يجزم بذلك بل هو ابداه ذكره
توجيها لكلام المجوزين على وجه الاحتمال تبرعا بناء على عادته رحمه في مصنفاته وصيانة
من تعظيم الاكابر والعجب من المعاصر المذكور كيف يقابل مثل المصنف رحمه بمن هو اعلم
عصره بمثل هذا الايراد واما الثالث فلان كون المستعمل الموضوع في الجملة سيما مع
صحة التجوز به خيرا من المهمل الذي ليس بموضوع اشبه شيء بالعلل النحوية
التي هي كبيت العنكبوت وان اوهن البيوت لبيت العنكبوت لو كانوا يعلمون
ولا مدخل له بالقواعد الفقهية فهل تشك ان من يقول ان بعثت بفتح التاء لعدم
وجود معنى اخر له ولا يخرج عن الصراحة بخلاف جوزتك فانه لكونه موضوعا
لمعنى اخر لا يصير صريحا في التزويج ولو فرضنا وجود العلاقة بين المعنيين المصححة
للتجوز ضرورة ان صحة التجوز لا تجعل اللفظ صريحا في المعنى المجازي يصح ان
تقابل بان استعمال الموضوع اولى من المهمل هذا لك ما لا يرضى به ذو مسكة فهما
الى ان لفظ بعثت وجوزتك من الملحون لا يسمى مهملا وشتان ما بينهما فولسى ومنه
نظهر ان اللغات المحرفة لا باس بها اذا لم يتغير بها المعنى لعدم خروجها عن الصراحة
وعدم ايراث التحريف فيها الخروج عن عنوان العربية ولو تبدل وضع اللفظ
الذي يراد استعماله في العقد عند عامة العرب بانحصار ضربت بمعنى بعت وبالعكس
صح استعمال ما استقر العرف على كونه بالمعنى الذي به قوام العقد في اجرائه وانعاصه
في الزمان الذي هو حقيقة فيه في ذلك الزمان ضرورة كونه من اللغة العربية الا
على القول بان الفاظ العقود توقيفية لا بد وان ترد من جانب الشارع وانه لا يجوز

النحط الى غيرها ولو اصطلح اثنان على وضع الفاظ خاصة لتحاوراتهما وتخاطباتهما وكان
من جملتها الفاظ اصطلحا على وضعها للمعاني التي بها قوام العقود لم يبعد لحوقها ان
يتعاقدا به بناء على القول باشتراط العربية ضرورة خروجها عن تلك اللغة ولا فرق
في ذلك بين ما لو اصطلحا في اللفظ العربي المتداول على غير معناه كما لو جعلا ضربت
بمعنى بعت وما لو اصطلحا في لفظ لم تضعه العرب ولم تستعمله على جعله بالمعنى الذي به
قوام العقد سواء كان على هيئة صيغة الفعل الماضي ام لا وهو ظاهر واما لو قلنا
بعدم اشتراط العربية صار حال تلك الالفاظ حال الالفاظ العجمية وهو ايضا ظاهر
لعدم ثبوت اشتراط التعارف والتداول بين الناس في اللفظ الذي يقع به
العقد قوله والاقوى هو الاول لان غير العربي كالمعدوم فكأنه لم يذكر
في الكلام ولا يلزم منه الفصل بين الايجاب والقبول بالاجنبي لارتباط المتعلقات
بصيغة العقد المنشى بها في المعنى وان كان الكلام غير جار على قانون الاستعمال
ثم لا يخفى ان ما ذكره المصنف ره انما هو مبني على القول باعتبار العربية واما على القول بعدم
اعتبارها فالظاهر هو الصحة لانه يصدق على مثل ذلك انه عقد وقد قال الله تعالى اوفوا
بالعقود قوله فتدبر قوله نعم لو لم يعتبر ذكر متعلقات الايجاب كما لا يجب في القبول
واكتفى بانفهامها ولو من غير اللفظ صح الوجه الاول الظاهر هو الثاني بدل الاول
وكأنه سهو من قلم الناسخ ويمكن ان يتكلف بان المراد بالاول ما هو اول بالاضافة
لكون الوجه الثاني في قبال ما اختاره بقوله والاقوى قوله المشهور كما عن غير واحد
اشتراط الماضوية وقد وقع التصريح في كلماتهم باعتبارها في الايجاب وفي القبول
ففي الشرائع ولا ينعقد الا بلفظ الماضي فلو قال اشتر او ابتع او ابيعك لم يصح وان
حصل القبول وكذا في طرف القبول مثل ان يقول بعني او تبيعني لان ذلك اشبه
بالاستدعاء والاستعلام وفي التذكرة في عداد شروط الصيغة ما لفظه الثاني

الاتيان

الاتيان بهما بلفظ الماضي فلو قال ابيعك او قال اشتري لم يقع اجماعا في القولين
من وقوعهما بلفظ الماضي وفي التحرير ما نصه لا بد في اللفظ ان يكون بصيغة
في الايجاب والقبول دون المستقبل والامر وفي الدروس فالايجاب بعت وشريت
وملكت والقبول ابتعت واشتريت وتملكت وقبلت بصيغة الماضي فلا يقع بالامر
والمستقبل انتهى قوله وعن القاضي في الكامل والمهذب عدم اعتبارها
يعني الماضوية فيقول بوقوع العقد بالامر والمستقبل ايضا قال المحقق الاردبيلي ره
في شرح الارشاد ونقل جوازه بالامر مثل بع والمضارع مثل ابيع عن ابن البراج ره
ثم قال ولا يبعد بالانعقاد بغير الماضي مع الدلالة على انشاء العقد ايجابا وقبولا لعموم
صدق البيع والعقد لعموم ادلة الصحة وخصوص الاخبار الدالة عليها بلفظ المضارع
كما سيجيء في بيع الآبق واللبن وان نقل في كره الاجماع على عدم الانعقاد بقول ابيعك
او اشتري لاحتمال الاخبار فتامل وكذا ادعى الاجماع على عدم الانعقاد في الاستفهام
نعم لا بد فيها من الحمل على قصد انشاء البيع لا الطلب او الاخبار فقط كما في الماضي انتهى
قوله وعموم العقود اعلم انه قد استقر رأي جماعة على ان قوله تعالى اوفوا بالعقود مجمل
لا يصح الاستدلال به واختلفوا في كيفية بيان وجه الاجمال على وجوه احدها
ما عن العلامة ره في كتب من ان معناه اوفوا بكل عقد على حسب مقتضاه ومؤداه ان جائزا
فعلى حسب جوازه وان لازما فعلى حسب لزومه وح لا يصح الاستدلال به لتمييز ما شك
في لزومه او جوازه من العقود فلا ثبات هذه الدلالة وجوب الحكم بلزوم ذلك العقد ۲ علام
كما لا ثبات هذه الدلالة على جوازه لكن اجيب عنه بان معنى الوفاء بالعقد انما هو
العمل بمقتضاه تماما ومؤداه تماما وليست الاحد لولا انها التي استعملت فيها واللزوم والجواز
من احكام العقود شرعا لا من مدلولاتها في حد ذاتها وحكى بعض من تأخر انه ره رجع عما
افاده هنا واقول ان رمي الاية بالاجمال على هذا الوجه انما يوجب سقوطها عن

الاستدلال بها على اللزوم عند الشك في اتصاف شيء من العقود به او بالجواز ولا يوجب
سقوطها عن حيز الاستدلال بها في مقام الشك في صحة عقد وفساده لانه اذا صدق
انه عقد جاء من الاية الحكم بوجوب الوفاء به المساوق للصحة التي هي اعم من اللزوم
والجواز فقد بين ثانيها ما ذكره بعضهم من ان الاية نزلت في عقد الخلافة لامير المؤمنين ع
استنادا الى اخبار منها ما رواه علي بن ابراهيم القمي ره في تفسيره عن الجواد ع ان رسول
الله ص عقد عليهم لعلي ع بالخلافة في عشرة مواطن ثم انزل الله يا ايها الذين امنوا
اوفوا بالعقود التي عقدت عليكم لامير المؤمنين ع واجيب بان اللفظ عام فيكون
ما نزل فيه الاية من جملة مصاديقه وافراده وذلك لا يوجب سقوطها عن مرتبة
الاستدلال بها بالنسبة الى سائر مصاديقه وافراده ولو سلمنا دلالة الرواية على اختصاص
الاية بالعقود التي عقدت له ع قلنا ان ذلك من البطون والتاويلات فلا ينافي التمسك
بظاهر لفظ الاية ثالثها ان لفظة اوفوا من قبيل خطاب المشافهة وهو مخصوص
بالحاضرين وح نقول ان العقود بالنسبة اليهم على اقسام ثلثة ما كان سابقا على
نزول الاية وما كان مقارنا له وما كان متاخرا عنه ولا بد من الالتزام بان المراد بلفظ
الاية هو الاولان لانه ان اريد معهما الاخير لزم استعمال اللفظ في اكثر من معنى
لان السابقة والمقارنة عقود موجودة والمتاخرة غير موجودة فلا بد بالنسبة الى الاخير
من التعليق فيصير المحصل اوفوا بالعقود التي وجد بعضها واوفوا بالعقود ان وجدت
فلا بد من الالتزام بعدم استعمال اللفظ في غير الاخير تفصيا عما ذكر وح نقول ان العقود
السابقة على نزول الاية والمقارنة لها غير معروفة عندنا ولا معلومة الحال لدينا فيصير
اللفظ مجملا وفيه ان ما اريد بلفظ العقود كلي صالح للقسمين وكون بعض افراده الموجود
مقيدا بالتعليق غير قادح لانه غير ماخوذ فيما استعمل فيه اللفظ وجميع الموضوعات
الكلية من هذا القبيل الا ترى الى قوله تعالى حرمت عليكم الخمر فان حكمه ليس مختصا بالخمر

الموجود

الموجود وكذا قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى غير ذلك من الخطابات
المشتملة على الموضوعات الكلية رابعها ما ذكره في الرياض حيث قال وما حققناه من
الاصل وغيره يظهر وجوب الاتيان بكل ما اختلف في اعتباره هنا بل العقد مطلقا
كالعربية والماضوية وتقديم الايجاب على القبول وغير ذلك وفاقا للجماعة خلافا للاخرى
فاكتفوا بمجرد الايجاب لفظا او مطلقا ومع اعتبار بعض ما مر لا لكل التفاتا الى انه عقد فيشمله
عموم ما دل على لزوم الوفاء به كقوله سبحانه اوفوا بالعقود وفيه نظر لانه بعد تسليم كون
ذلك عقدا محصل الشك في دخوله فلا يتجه وان كانت للعموم لغة بنا على عدم
امكان حملها عليه من حيث خروج اكثر العقود منها على هذا التقدير اجماعا فلا يكون مثله حجة
فيكون الاجماع ح قرينة على ان المراد بالعقود المامور بالوفاء بها ما كان متعارفا زمان
الخطاب لفظا ودخول المفروض فيه غير معلوم حاله ولم يحصل لنا ما يحمل عليه اصلا
فالواجب الرجوع الى ما قدمناه من الاصل قطعا هذا كلامه ره واشار بعد الى ان
لم يكن ما افيد فيه بيانا اوضح ودفعه يتاتى بان نافي محلا من الكلام مفيق مجمل
وانضمام ما تقدم من كلامه ره ثم نعقبها بما اشار اليه مما يرتفع به كلامه المذكور فنقول
ان العموم بالنسبة الى العقود يتصور على وجوه ثلثة احدها العموم بحسب الافراد
الشخصية الخارجية ثانيها العموم بحسب الاصناف كالبيوع العربية والتي سبق
الايجاب فيها على القبول والتي وقعت بصيغة الماضي وهكذا ثالثها العموم بحسب الانواع
مثل نوع البيع والصلح والاجارة وغير ذلك ولزوم تخصيص الاكثر في الوجه الاول
انما هو بخروج اكثر الافراد وان كان بعنوان صنف او نوع جامع لها كما لو قال
يجب الوفاء بكل من افراد العقد الا ما كان منها بغير العربي وكان اكثر الافراد الخارجية
هي غير العربية ولزومه في الوجه الثاني انما هو بخروج اكثر الاصناف وان كانت
من حيثها بعنوان نوع جامع لها ولا مدخل لاكثرية الافراد واقليتها ح ولزومه في الوجه

الثالث انما هو بخروج اكثر الانواع ولا مدخل لاكثرية الاصناف والافراد فالمدعى للتخصيص
الاكثر في الاول لا بد وان يقول ان الافراد الفاسدة الخارجية اكثر من الافراد الصحيحة الخارجية
وسند هذه الدعوى انه يوجب انتفاء كل شرط من كل عقد افراد كثيرة للعقد ليست
مما يجب الوفاء بها وكذا افراد العقود العرضية مثل معاوضة امرأة بامرأة او معاوضة زوجة
بابائه مثلا وكذا افراد العقود الجارية فيما بين الجهال الخارجة عن عنوانات العقد المكتسبة
للشرع كالمعاقد عليها ونية كل منهما في قتال عدو والاخذ ههنا فالمدعى للتخصيص الاكثر
في الثاني لا بد وان يقول بخروج اكثر الاصناف والمدعي له في الثالث لا بد وان يدعي خروج
اكثر الانواع فاذا اريد التفصي عن لزوم ما ذكر صاحب الرياض حمل على المتعارف
من الافراد والاصناف او الانواع بحسب ما يظهر للحامل له من الاقسام الثلثة
المذكورة لا حمله على العموم لكن مع ارادة بالحمل على المتعارف غير معلوم فيحتمل ان اللام
فيها على جميع الوجوه للعهد كما هو ظاهرهم ويحتمل ان يكون المدخول مقيدا بالمتعارف
ويكون اللام للاستغراق فيفيد العموم العرفي كما في قولهم جمع الامير الصاغة
وكيف كان فان اريد الافراد المتعارفة كالعقد العرفي لم يجز التعدي في الحكم بوجوب
الوفاء الى ما خرج عنها كالصنف الآخر المقابل له الذي هو العقد بغير العربي في
المثال والى هذا انظر قول من قال ان المعتبر هو اللفظ معللا بانه المتعارف
وكذا الحال فيما شك في كونه من الصنف المندرج تحت الاصناف المتعارفة وان
اريد الانواع المتعارفة صح الاستدلال به عند الشك في حكم افرادها واصنافها
ولكن لا يصح الاستدلال به في الانواع الغير المتعارفة وسيأتي الاشارة في ذيل الكلام الى
الذي نذكره الى ان لا نظر في الاشكال بخروج الاكثر انما هو الى ارادة عموم الافراد
بلفظ الموضوع العقود اذا عرفت ذلك فلنذكر كلام الذي اشار اليه انه ذكره في دفع
الاشكال قال ره في طي كلام له على ان اجازة المكره مؤثرة ام لا وعلى الجواب عن الوجهين

فالاول

فالاولى هو الاصل بانتفاعه بعموم الامر بالوفاء بالعقود والقدح فيه بخروج الاكثر بالاجماع
فيفيد للاجمال بالمتداول في زمان الخطاب كما مر مع عدم معلومية كونه ما نحن فيه منه
محل نظر لاستلزامه اجماله وعدم التمسك به في شيء مما علما محل الوفاق وهو مخالف
لسيرة العلماء وطريقتهم المسلوكة فيما بينهم بلا خلاف نظهر بينهم في ذلك اصلا من
جهة استنادهم اليه في محل النزاع والوفاق فالتحقيق ان الجمع بين الاجماعين يقتضي
المصير الى حمل الالف واللام في العقود للعهد والاشارة الى جنس العقود
المتداولة في ذلك الزمان المعهودة والمضبوطة الان في كتب فقهائنا كالبيع
والاجارة ونحو ذلك لا خصوصيات اشخاص كل عقد عقد وليس فيه مع كيفياتها
المخصوصة والمتداولة في زمن الخطاب وح نقول لا ريب في دخول هذا العقد في
جنس تلك العقود وكونه فردا من افرادها وان جهل اشتراكه معها في الخصوصيات و
ذلك كما عرفت لا يوجب القدح في دخوله في العموم بل هو شامل له فيجب الوفاء به بمقتضاه
لكن لما كان الاكراه مانعا لم نحكم به فاذا زال وجب الحكم للعموم انتهى فهو قد اعرض
عن حمل العقود على عموم الافراد جمعا بين اجماعهم على خروج اكثر افراد العقود عن عموم
العقود التي يجب الوفاء بها وبين اجماعهم على الاستدلال بها فحملها على ارادة الانواع
المتعارفة كما لك واورد عليه بعض من تأخر اولا بان ارادة الانواع والاصناف
من الالفاظ العامة مما لم يقع في العرف وليس معهودا فيما بينهم وانما هي من مخترعات
العلماء وثانيا بان ما ورد من وجوب الوفاء بعهد امير المؤمنين عليه السلم تفسيرا للآية
كان مؤيدا لكونها اشارة الى العقود الشخصية الخارجية فالتحقيق ان المراد
بالعقود الافراد الشخصية الخارجية واللام للاستغراق الحقيقي ولا يلزم
تخصيص الاكثر لان كثرة افراد العقود الفاسدة بانتفاء الشروط انما هي بحسب الانواع
تلك العقود الفاسدة والا فالواقع في الخارج صحيحه اكثر من فاسده ومن هنا يعلم ان

العقود الفرضية والجعلية التي لم يرد بها الشرع مما لا يتجه الا يراد بها لان اكثرها مما ليس يقع
في الخارج ولا يلزم من وقوع شيء يسير منها خروج الاكثر ولو فرض كون
الواقع في الخارج اكثر لم يلزم منه اشكال اذ تكون الصنفان من قبيل الكثير
الاكثر فلا يتحقق فيه استهجان عرفا لمكان تحقق التخصيص للاكثر على الاستهجان العرفي
وثانيا بان هذا ان كان بيانا لمقصد الاصحاب كما هو ظاهر كلامه بل صريحه فلا
وجه له لانهم لا يحملون الاية على ارادة عموم الانواع ويشهد بذلك ان كل نوع بالنسبة
الى الفرد الذي يستدلون بالاية على حكمه من قبيل المطلق دون العام وهم يعبرون
في مقام الاستدلال بالاية بلفظ العموم فيقولون لعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود
ولا يقولون لاطلاق قوله تعالى اوفوا بالعقود فتأمل لكن يرد ذلك على البعض ممن ذهب
الى الالتزام بانهم بنوا على ان المراد بالعقود هي انواع الشرعية المتعارفة وهو الذي
احتمله المحقق الاردبيلي ره فيما حكي عنه في ايات الاحكام قال ره تعالى لكن المفهوم منه
من كلام صاحب الكشاف ويحتمل كون المراد العقود الشرعية الفقهية ثم قال
ولعل المراد اعم من التكاليف والعقود التي بين الناس وغيرها كالامانات لا بقاء
بالحل واجب فالاية دليل وجوب الحل ثم منها نفهم ان الاصل في العقود اللزوم
انتهى وههنا سؤال وهو ان تمسك فقهائنا رضي بالاية الكريمة مبني على ان المراد بالعقود
ما هو جمع العقد بمعناه المصطلح الذي هو المشتمل على الايجاب والقبول ولهذا
لا يتمسكون بها في الايقاعات مثل الطلاق وغيره ولو كان بناؤهم على ان المراد بالعقد
معناه المتعارف في العرف العام كان اللازم التمسك بها في الايقاعات ومعلوم ان
وضع اللفظ للمعنى المصطلح فيما بينهم متاخر عن تاريخ صدور الاية فكيف تحمل عليه ومن
اين استفادوا ذلك قلت اما استدلالهم بالاية في العقود المصطلحة فيما بينهم
فذلك مما لا ريب فيه ويقابله ما يندرج في المفهوم العرفي امران احدهما الايقاعات

والاخر

والاخر العقود الجعلية فيما بين الناس مما هو خارج عن العناوين المصطلح عليها كالتعاقد
من طائفتين على المظاهرة على من قصد احديهما بسوء وظلم وحينئذ نقول ان اراد
ان المستدلين بالاية الكريمة بنوا على ان لفظ العقود فيها مستعمل في الانواع المتعارفة
المصطلح عليها فذلك مما لا مجال للالتزام به لكون معنى اللفظ اعم من ذلك وعدم
دليل على كون الانواع الخصوصية معهودة واصطلاح الفقهاء فيها متأخر عن تاريخ
نزول الاية الا ان يكون هناك نص عن اهل بيت الوحي سلام الله عليهم فيجب اتباعه لانه
يكون كاشفا عن اقتران الخطاب بالاية الكريمة مقرونة بقرينة دلت المخاطبين
بها على وجه المقصود وقد حكي عن صاحب الضوابط ره انه ادعى العثور على نص
دال على تفسيرها بالعقود المصطلح عليها لكني قد تصفحت مظانه فلم اجده ولا يكون
حجة الا على من عثر عليه ولم نعرفه من المحققين الا بطريقة فانما هو مجرد احتمال والاقوى
في نظر غير كلا لا يخفى على من لاحظ سياق كلامه ره وان اراد الاستعلام انه مع كون
المراد بالاية هو المعنى العرفي كما هو الشأن في جميع موارد الكتاب والسنة كيف
انحصر استدلالهم فيما ذكر من العقود المصطلح عليها دون غيره فنقول انه ما وضع
له لفظ العقد ليس هو مطلق العهد بل العهد الخاص الذي قال الشيخ ابو علي
الطبرسي ره في مجمع البيان العقود جمع عقد بمعنى المعقود وهو اوكد العهود و
الفرق بين العقد والعهد ان العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون
الا بين متعاقدين والعهد قد ينفرد به الواحد فكل عقد عهد ولا يكون
كل عهد عقدا واصله عقد الشيء بغيره وهو وصله به كما يعقد الحبل انتهى ونحوه
ما حكي عن الكشاف وان لم يكن صريحا في كون العقد لابد وان يكون بين
اثنين الا انه يمكن استظهاره منه قال في تفسير الاية يقال وفى بالعهد واوفى به
ومنه والموفون بعهدهم والعقد العهد الموثق شبه بعقد الحبل ونحوه الى ان قال

وهي عقود الله التي عقدها على عباده والزمها اياهم من مواجب التكليف وقيل هي ما يعقدون
بينهم من عقود الامانات ويتحالفون عليه ويتعاقدون من المبايعات ونحوها والظاهر
انها عقود الله عليهم في دينه من تحليل حلاله وتحريم حرامه وانه كلام قدم مجملا ثم
عقب بالتفصيل وهو قوله احلت لكم انتهى وفي العوائد بعد نقله الظاهر اتحاد فانه علم
ظاهرا مع ما ذكره اولا ويحتمل ان يكون مرادهم من الاول ما اختص بالواجبات
من التكاليف وما اوجب عليهم فعله وما جعله ظاهرا ليكون اعم انتهى وكيف كان
فالغرض الاستشهاد بما فيه من نقل معنى العقد بحسب اللغة لا ما اختاره فيه من كون
المراد بالعقود في الاية المعنى الذي عينه من افراد المعنى اللغوي واذ قد عرفت ذلك
نقول ان الايقاعات كالطلاق ونحوه خارجة عن اصل مفهوم اللفظ بما عرفت من
ان العقد لا يكون الا بين اثنين لكن ينبغي ان النذر عهد مع الله تعالى فيكون
هناك طرفان وكذا في العهد بمعناه المصطلح عليه بين الفقهاء فلا يتمسكون
بها فيهما ويمكن ان يجاب بانهم استغنوا بالادلة الخاصة الواردة في وجوب
الوفاء بهما عن عموم وجوب الوفاء بالعقود او بان مجرد وجود الطرفين لا يكفي
في صدق العقد الا ان يصدر من كل منهما مقابل ما صدر من صاحبه ولهذا
يفترق الطلاق مثلا من العقود والا فالطلاق ايضا لا بد له من متعلق فيتحقق
بملاحظته طرفان ولا يتوهم ان هذا ينافي ما ذكره صاحب الكشاف من قوله وهي عقود
الله التي عقدها على عباده والزمها اياهم نظرا الى ان ذلك العقد لا يتحقق الا من
قبل صدور الايقاع من فاعل متعلقا بشخص كالطلاق الذي يوقعه الرجل على
زوجته لانا نقول ان كلامه انما هو في تفسير الاية والخطاب مع المؤمنين و
ليس الا قابلين لما عهد اليهم ربهم فيكون من قبيل العقود دون الايقاعات
هذا واما العقود الواقعة بين الناس كاهل الجاهلية واشباههم من مثل المعاهدة

والمعاقدة

والمعاقدة على التناصر ونحو ذلك فانها وان شملها لفظ العقود بعمومها الا انها خرجت
بالدليل كالاخبار في جملة من موارده والاجماع فالحاصل انه لا وجه للاضراب عن
حمل اللفظ على مفهومه العرفي ما لم يصرف عنه صارف وبه يتم المطلوب والظاهر ان
المراد بها انواع العقود دون افرادها كما قد يستفاد من سياق التفاسير التي ذكرها
لها كما قد اعرضنا عنه حذرا من التطويل الغير المناسب لهذا المقام وربما يدعى بعض من
تاخر ان عموم الانواع والاصناف خلاف الظاهر كما لا شاهد عليه وبعد تسليم كون المراد
هو عموم الانواع صح الاستدلال بها للصحة بل اللزوم في كل ما شك من افرادها
واصنافها كما انه يصح لمن قال ان المراد الانواع المتعارفة واصنافها دون غيرها
فافهم وتبصر في كتبي وما دل على بيع الابق واللبن في الضرع من الايجاب بلفظ
المضارع اما ما دل على الاول فهو رواية رفاعة النخاس التي وصفها في الجواهر
بالصحة قال سالت ابا الحسن موسى عليه السلام فقلت له ايصلح ان اشتري من القوم
الجارية الابقة واعطيهم الثمن واطلبها انا فقال لا يصلح شراؤها الا ان تشتري
منهم معها شيئا ثوبا او متاعا فتقول لهم اشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا و
كذا درهما فان ذلك جائز وموثقة سماعة المروية عنه وعن غيره بطرق متعددة المعبر عنها
في الجواهر بالموثق عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري العبد وهو ابق عن اهله
قال لا يصلح الا ان يشتري معه شيئا اخر ويقول اشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا
وكذا فان لم تقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه واما ما دل على الثاني فهو موثق سماعة عن الجواهر
سالته عن اللبن يشترى وهو في الضرع قال لا الا ان يحلب لك في سكرجة فتقول اشتري منك هذا
اللبن الذي في السكرجة وما في ضروعها بثمن مسمى فان لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجة (مابقي ج ٢)
بيان قال في المجمع هي بضم السين والكاف والراء والتشديد اناء صغير يؤكل فيه الشيء القليل
من الادم وهي فارسية واكثر ما يوضع فيها الكوامخ ونحوها وقيل والصواب فيها فتح الراء لانه فارسي معرب

الادم

ومفتوحة اقول في الوسائل عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن الحسين بن سعيد عن الحسن
عن زرعة عن سماعة قال سألته عن اللبن يشترى وهو في الضرع فقال لا الا ان يحلب لك منه
اسكرجة فيقول اشتر مني هذا اللبن الذي في الاسكرجة وما في ضروعها بثمن مسمى فان
لم يكن في الضرع شيء كان ما في الاسكرجة ولا يخفى ما فيه بلفظ الامر لم يكن قد وقع من
الرواة او الكتاب اشتباه منع بالاصل عند الشك فيه فيصير دليلا على جواز
الايجاب بلفظ الامر في النكاح الدال على وقوع عقد النكاح بلفظ المستقبل اخبار
كثيرة ذكر اكثرها في الوسائل في باب صيغة المتعة وجملة منها في ضمن الابواب الاخر
مثل ابواب عقد النكاح ولكن لم اجد منها ما هو صريح في غير المتعة الا انه لا تفاوت
الامر لكون عقد المتعة عقدا لازما متعلقا بالفروج التي هي محل الاحتياط فتعدى
الى ما كان محل خيرها بالفحوى منها رواية ابان بن تغلب قال قلت لابي عبد الله ع
كيف اقول لها اذا خلوت بها قال تقول اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة
نبيه لا وارثة ولا موروثة كذا وكذا يوما وان شئت كذا وكذا سنة بكذا وكذا درهما و
تسمي من الاجر ما تراضيتما عليه قليلا كان او كثيرا فاذا قالت نعم فقد رضيت وهي
امرأتك وانت اولى الناس بها ولذا دل على وقوعه بلفظ الامر رواية سهل الساعدي
نذكرها عند اشارة المصنف اليها في المسئلة الاتية مضافا الى ما جمعناها في كتب ولا يخفى
هذا من قوة اقول هذا هو المعتمد والدليل هو عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود الشامل
للماضي وغيره بعد فرض تحقق معنى العقد والانشاء اذ لا نقول به في غير ذلك
وح فدعوى كون المستقبل اشبه بالوعد مجردا استحسان قوله مع تناول الامر بالتأمل
اشارة الى وهن اشتراط صراحة المضارع في الانشاء على وجه لا يحتاج الى قرينة المقام لكن
صراحة الماضي ايضا في الانشاء انما هو بمعونة قرينة المقام لا على قول من قال بان صيغة
الماضي نقلت في العقود الى معنى الانشاء فصارت حقيقة فيه ولا يخفى ما فيه لان معنى النقل

لا يتحقق

لا يتحقق هنا ضرورة توقفه على هجر المعنى الاول وكون استعمال اللفظ بعد في الاخبار
عن الماضي على وجه التجوز مما لا يرتاب فيه عاقل فضلا عن فاضل الا ان يقال ان
الفاظ العقود انما نقلت في هذا المورد الخاص الذي هو مقام انشاء العقد كما حكاه
بعض مشايخنا عن بعضهم وانت خبير بان تحقق نقل اللفظ من معنى الى اخر مشروط
بالاقتران بلفظ او بوروده في مقام خاص مما لا يعقل حصوله في الوضع التعيني فان
ذلك الى ان الاستعمال المشروط بالقرينة كما فيما نحن فيه فان من اعطى النظر حقه
يجزم بان لفظ بعت مثلا لا يصير منقولا من معنى الاخبار الى الانشاء الا ان تقوم هناك
قرينة مقتضية لكون المراد هو الانشاء ولكن الانصاف انه لا مانع من النقل الذي ليس
حاله اولى من الوضع الاصلي ونحن نرى ان لفظة لما مع المضارع موضوعة للنفي
ومع الماضي للظرفية الزمانية الماضوية وكذا لفظة قد تفيد التقليل مع المضارع
وحينا ومجرد التحقيق العاري عنه مع الماضي وهكذا غيرها مما لا يخفى على من اعطى
النظر حقه في كثير من الالفاظ العربية فتدبر قوله مسئلة الاشهر كما في غير موضع تقديم الايجاب
على القبول قوله حكاه عن الايضاح وجامع المقاصد في البيع والاصح الاشتراط ط
انتهى قوله ولعل الاصل بعد حمل الاية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة ان
الاصل عدم سببية ما شك في سببيته فيقتضي استصحاب بقاء المال على ملك مالكه
سليما عن الرافع وعلى هذا القياس لو كان العقد مما يتعلق بغير المال كالنكاح فان
اصالة عدم سببية الايجاب المؤخر تقتضي استصحاب عدم حل الاستمتاع بالمرأة
المعقود عليها بالعقد المشكوك في صحته قوله وزاد بعضهم ان القبول
فرع الايجاب فلا يتقدم عليه وانه تابع له فلا يصح تقدمه هذا هو الوجه الثالث له
للقائلين باشتراط تقديم الايجاب على القبول واتبع في لزوم الايجاب بقوله
فلا يتقدم عليه مع اتباع قوله وانه تابع له بقوله فلا يصح تقدمه عليه يؤذن بانهما

دليلان متغايران والموجود في كلام بعضهم حكاية بقوله انه فرع الايجاب ومطاوع له وتابع
له فلا يتقدم عليه بزيادة وجه ثالث وهو ان القبول اضافة ولا يصح تقدمها على المضاف
اليه ورابع وهو ان مورد بعتك معوض ومورد اشتريت عوض والعوض فرع المعوض فيهما
فيقدم وضعا ويمكن توجيه كلام المصنف بان مراده الاشارة الى دليلين بان يحمل الفرعية
اشارة الى كونه اضافة والتابعية اشارة الى كونه مطاوعا او بالعكس فتدبر وحكى في غاية
المراد عن ف الاجماع عليه وليس في ف في هذه المسئلة الا ان البيع مع تقديم الايجاب متفق
عليه فيؤخذ به فراجع اعتراض على الشهيد من حيث ان كون تقديم الايجاب متفقا على
صحته لا يقتضي الاتفاق على اشتراط تقديم الايجاب على القبول ويمكن التوفيق بين عبارة
في الكتاب المذكور وبين ما حكاه المصنف عن ف في المؤتلف الا انه ذكر فيه ما نصه واستند اعلم
في ف بالاجماع وعدم الدليل على خلافه انتهى ومراده الاجماع على صحة ما قدم فيه الايجاب
وعدم الدليل على صحة ما قدم فيه القبول فيصير حاصله الاخذ بالمتفق عليه وترك غيره
لكن الانصاف انه خلاف الظاهر واظهر منه في المعنى الذي اعترض عليه المصنف عبارة الشهيد الثاني ره
في لك حيث قال وذهب جماعة من الاصحاب الى اعتبار تقديمه بل ادعى عليه الشيخ في ف
الاجماع انتهى فتدبر خلافا للشيخ ره في ط في باب النكاح وانه وافق الخلاف في البيع الا انه
عدل عنه في باب النكاح اشار بهذا الكلام الى القول المقابل للاشهر وغرضنا ان الشيخ في كتاب
النكاح من ط حكم بجواز تقديم القبول في عقد البيع على الايجاب وانه قال في كتاب البيع
من ط بلزوم تقديم الايجاب على قبوله قال ره في كتاب البيع عقد النكاح ينعقد بالايجاب
والقبول سواء تقدم الايجاب فقال زوجتك بنتي فقال قبلت النكاح او تاخر الايجاب
كقوله زوجني بنتك فقال زوجتك بلا خلاف فاما البيع فان تقدم الايجاب فقال
بعتك فقال قبلت صح بلا خلاف وان تقدم القبول فقال بعنيه بالف فقال بعتك صح و
الاقوى عندي انه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت انتهى وذكر في كتاب النكاح

العبارة

الغنية التي سيحكيها المصنف التي اولها اذا تعاقدا فان تقدم الايجاب على القبول فقال
الى قوله وقال قوم منهم لا يصح حتى يسبق الايجاب ثم قال الشيخ ره فاما ان قال زوجنيها
فقال زوجتكها او قال ابيعنيها فقال بعتكها لم ينعقد حتى يقبل الايجاب السابق
على الايجاب استفهام انتهى مقداما في كتاب البيع بلزوم تاخر قبوله عن الايجاب وجوز تقديمه
على الايجاب في كتاب النكاح فعلى هذا كان قد بنى عليه نقيضها الاولى ان الذي استفيد
كلامه ره من تجويزه تقديم القبول على الايجاب انما هو خصوص ما اذا كان بلفظ الامر
دون غيره بناء على النص ولهذا صرح بان تقديم ما هو بلفظ الاستفهام غير جائز لكن
بقي هنا شيء وهو ان تقديم اتزوجك مثلا كما في خبر ابان بن تغلب هل يجوز عنده
ام لا وغير خفي عليك ان لا تصريح في كلامه لكن يمكن استفادة جواز تقديم مثل ذلك
من قوله لان السابق على الايجاب استفهام نظرا الى ان معناه ان الاستفهام ليس قبولا
ومثل اتزوجك او بعني وجملك قبول فتامل الثاني انه استفيد من كلامه ره في كتاب
البيع انه لا ملازمة بين القول بجواز تقديم القبول في عقد النكاح وبين القول بجواز
تقديمه في عقد البيع حتى يلزم القائل بجواز التقديم في النكاح القول بجوازه في البيع
او غيره من العقود وذلك لانه جوز التقديم في النكاح دون البيع والسر في ذلك ما اشرنا
اليه من انه استفاد الحكم في النكاح من النص وقد استقر عليه راي ابن ادريس ره
في السرائر فانه ذكر قبل باب المهور بسطر ما نصه ويصح ان يتقدم القبول على الايجاب
في عقد النكاح عندنا ولا يجوز ذلك في عقد البيع ولا بد ان ياتي بلفظ الاخبار في الايجاب
ولا يجوز ان ياتي بلفظ الامر والاستفهام لانه لا خلاف في صحة ان ياتي به على ما قلناه
وفيما عداه خلاف والعقد حكم شرعي يحتاج في ثبوته الى دليل شرعي انتهى ومن
هنا تعرف سقوط ما صرح به بعض المعاصرين من انه لا فرق عندهم بين البيع وباقي
العقود في الحكم المزبور لاتحاد المناط انتهى نعم من تعدى من النكاح الى غيره من سنخه

العقود كالبيع مثلا لم يفرق بينه وبين غيره كالاجارة مثلا لان الحكم فى غير النكاح لابد وان
يبتنى على شئ من القواعد او العمومات كتنقيح المناط او قوله تعالى اوفوا بالعقود
ولا فرق فى ذلك بين البيع وغيره والذى يمكن سريانه احتمال عدم التعدى
انما هو خصوص مورد النص الذى هو النكاح ولا يمكن حمل كلام المعاصر المذكور
على هذا المعنى لان لفظ اوفوا بالعقود لا يدل على ارادة خصوص ما عدا النكاح منها
لا وضعا ولا بالقرينة لانتفائهما جميعا الثالث انه قال الشهيد ره فى غاية المراد كلام
الشيخ ره يشعر بانه لو قدم القبول فاتبعه البايع بالايجاب ثم اعاد المشترى القبول
انه يصح فان اراد به مع ذكر الثمن فى صلب العقد فلم والا فهو كما اذا ذكره فى القبول
المقدم لانه لغو انتهى واستجيب بان التفصيل الذى استفيد من الترديد فى كلام
الشيخ ره وتوجيه السؤال اليه وان كان حقا فى الواقع الا ان نفس الترديد فى كلامه
وتوجيه السؤال اليه وان كان حقا فى الواقع الا ان نفى فى هذا المقام لا وجه له
لان لكل مقام تقتضى نوعا من الكلام لا تقتضيه مقام اخر وكل كلام له وجه ليس لغيره
ذلك الوجه وهذا الكلام انما هو ناظر الى جواز تقديم القبول وعدم جوازه واما
وجوب ذكر الثمن او غيره من المتعلقات فى صلب العقد وعدم وجوبه ففى مسئلة
اخرى تعنون على حيالها فلو كسى وكيف كان فنسبة القول الاول الى الخلط
الكلام فى البيع المراد بالقول الاول هو لزوم تقديم الايجاب على القبول وقد حصر
نسبه الى الشيخ ره فى ط من الشهيد ره فى غاية المراد فوله على المحقق ره فى بيع والعلامة ره
فى التحرير والشهيد ره فى بعض كتبها وجماعة ممن تاخر عنهما قال المحقق ره وهل
يشترط تقديم الايجاب على القبول فيه تردد والاشبه عدم الاشتراط وقال العلامة ره
فى التحرير الاقرب عدم اشتراط تقديم الايجاب وقال الشهيد ره فى ... ولا ترتيب
بين الايجاب والقبول على الاقرب وفاقا للفاضل انتهى وبذلك افتى فى اللمعة وجعل

الشهيد الثانى ره

الشهيد الثانى ره فى ذلك هو الاقوى فى كسى للعمومات السليمة عما يصلح لتخصيصها
جملة الوجوه التى استدل بها للقول بعدم الاشتراط ما ذكره فى المستند من وجه العدم من
اصالة الجواز ولانه عقد فيجب الوفاء به ولتساويهما فى كون كل منهما ينقل ملكه الى الاخر فاذا
جاز للبايع التقدم جاز للمشترى ولان الناقل للملك هو الرضا المدلول عليه بالالفاظ
الصريحة ولا مدخل للترتيب فى ذلك ولجوازه فى عقد النكاح بغير اشكال فالنكاح
الاحتياط يا ادخل على غيره انتهى وزاد بعضهم اصالة عدم اشتراط ما شك فى شرطيته
وهو تقديم الايجاب واصالة الصحة وهى اصل شرعى مستفاد من الشرع ولعل الدليل
عليه عند متبنه الاجماع على الحكم بصحة ما شك فى صحته من العقود وهذا على خلاف
ما ادعى الفاضل القمى ره فى القوانين من كون الاصل فى العقود هو الفساد وتمسك المحقق ره
بالعمومات يعم قوله تعالى اوفوا بالعقود المشار اليه فى عبارة المستند هنا وتوقف
العلامة ره فى القواعد على الارشاد ونصرهما وفى اشتراط تقديم الايجاب نظر وجعل
فى غاية المراد منشأ النظر فى جانب اثبات الاشتراط اصالة بقاء الملك الا بسبب شرعى
ولم يتحقق كون العقد الذى تقدم فيه القبول على الايجاب شرعيا فيبقى على
اصله وفى جانب عدم الاشتراط الوجوه التى ذكرها فى ذلك ثم قال والجواب
عن التمثيل بالنكاح بالفرق بالحياء من المرأة فلا يسهل تقديم الايجاب وعن الرضا
بانه يكفى حتى يحصل اللفظ فلم قلتم ان هذا اللفظ صالح انتهى وفى جامع المقاصد
ينشأ بعض النظر من اتحاد اللفظ والمعنى ومن الشك فى ترتب الحكم مع تاخره مع ان
خلاف ان القبول فرع على الايجاب لانه رضا به فلا بد من تاخره هنا ما اردنا نقله من كلامه ره
فى كسى وبرواية سهل الساعدى المشهورة فى كتب الفريقين ففى المستدرك عن سهل
الساعدى روى ان امرأة اتت النبى صلى الله عليه وآله فقالت يا رسول الله انى قد وهبت نفسى لك
فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك فيها حاجة

رسول الله صلى الله عليه وآله هل عندك من شيء تصدقها اياه فقال ما عندي الا ازاري هذا فقال النبي صلى الله عليه وآله
ان اعطيتها اياه جلست ولا ازار لك فالتمس شيئا فقال ما اجد شيئا فقال التمس ولو خاتما
من حديد فلم يجد شيئا فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله معك من القرآن شيء قال نعم سورة كذا وسورة
كذا وسماها فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله قد زوجتكها بما معك من القرآن وقال في التذكرة بعد ذكره وظاهره
انه يدل على جواز تقديم القبول لانه لم ينقل بعد ذلك وجود القبول من الزوج انتهى ونحوه الرواية
المذكورة رواية اخرى ذكرها في الوسائل في باب جواز كون المهر تعليم شيء من القرآن
وذكرها في الجواهر مع وصفها بالصحة عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال جاءت امراة الى النبي صلى الله عليه وآله
فقالت زوجني فقال رسول الله صلى الله عليه وآله من لهذه فقام رجل فقال انا يا رسول الله زوجنيها
فقال ما تعطيها فقال ما لي شيء قال لا فاعادت فاعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام فلم يقم احد غير
الرجل ثم اعادت فقال رسول الله صلى الله عليه وآله في المرة الثالثة اتحسن من القرآن شيئا قال نعم قال
قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها اياه وفي الرياض بل المحكي عن المبسوط والخلاف ومجمع
الفائدة ان لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ قبلت وهو المحكي عن نهاية الاحكام وكشف
اللثام في باب النكاح قال في ذلك وموضع الخلاف ما لو كان القبول بلفظ ابتعت واشتريت
او شريت او تملكت منك كذا بكذا بحيث يشتمل على ما كان يشتمل عليه الايجاب ولو اقتصر على
القبول وقال قبلت وان اضاف اليه باقي الاركان لم يكف بغير اشكال هذا وقد
اعتمد المحقق الاردبيلي في نفي النزاع عن عدم جواز تقديم لفظ قبلت على نقل ... كما
الحال عند نقل الكلام اثر نعم والظاهر ان الضمير في قوله عنه وهو المحكي عن نهاية
الاحكام وكشف اللثام عائد الى عدم جواز تقديم لفظ قبلت لا الى نفي الخلاف فاني وان
لم يحضرني نهاية الاحكام الا اني راجعت كشف اللثام فليس فيه الا قوله ويصح العقد اتفاقا
في ظ مع تقديم القبول بان يقول تزوجت او نكحت فيقول زوجتك او انكحتك لحصول
الركن وعدم الدليل على اشتراط الترتيب خصوصا والايجاب هنا من المراة وهي تستحي

يعني العلامة في التذكرة منه دام ظله

غالبا

غالبا من الابتداء والولي والوكيل عنها ... ويرشد اليها ... وما قيل من ان
القبول انما هو رضا بمضمون الايجاب فلا معنى له مع التقدم انما يتم في لفظ قبلت وان
قيل معنى تزوجت انشاء صيرورته زوجا ومعنى نكحت انشاء صيرورته ناكحا ولا يعقل شيئا
منهما الا بعد تحققها قلنا بل المعنى انشاء جعل نفسه زوجا او ناكحا هذا تمام كلامه
في المقام نقلناه بطوله رعاية للاتمام وربما يتوهم مما ذكرناه من عود الضمير الى نفي عدم
الجواز ان المصنف غير نظم الكلام والا كان اللازم ان يقول المحكي عن المبسوط وذلك ومجمع
الفائدة ونهاية الاحكام وكشف اللثام انه لا خلاف هنا ولم يحضرني المبسوط لكنه حكي
اذكر عبارتها في المسالك بل المحكي هناك عن ظاهر التذكرة الاجماع المشار اليه بقوله
هنالك باب النكاح ولكنه قد لاحظت ... تقديم الايجاب على القبول هنالك
فليس فيها من ذلك اثر نعم قال بعد ذكر رواية سهل الساعدي وما في ذيلها ... ما
ذكره من اللفظ وقال احمد لا يصح العقد اذا قدم القبول لان القبول انما يكون للايجاب
فمتى وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه فلم يصح كما لو تقدم بلفظ الاستفهام ولانه لو تاخر عن
الايجاب بلفظ الطلب لم يصح فاذا تقدم كان اولى كصيغة الاستفهام ولانه لو اتى
بالصيغة المشروعة مقدمة فقال قبلت هذا النكاح فقال الولي زوجتك ابنتي لم يصح
فلان لا يصح اذا اتى بغيرها كان اولى وبين بطلان القول انتهى فلعل من حكى الاجماع
عن ظاهرها استفاد منها دعواه من جهة انه جعل الصيغة المشروعة التي اراد بها
بقرينة المثال لفظ قبلت مقيسا عليه في مقام الاستدلال فدل ذلك على ان
حكم المقيس عليه مما قام عليه الاجماع واستحسن بان ذلك لا يدل على قيام الاجماع
على حكمه عندنا لان ما ذكره من الوجوه انما هي ادلة احمد على مذهبه كما ينادي بذلك
اول الكلام واخره فان لام التعليل لا ريب انها متعلق ... ولكنه لا لفظ قال ...
ولا نسلم بطلان القول لجعله ان شيئا من الوجوه ليس من جملة ما ابداه هو ...

قوله ولكن بهذا القول الجلي على ان شيئا من التوجيه فافهم وح نقول ان جعل لفظ قبلت مقيما
عليه انما يدل على كونه اقوى في نظره ولعل منشأ ذلك عدم قابلية مفهوم قبلت للتقديم
واين هو من كونه مسلما عند الناس سلمنا لكن ذلك انما يدل على كونه مسلما عنده في نفسه
واين هو من قيام الاجماع عليه من طريق الخاصة هذا وليس في مسئلة تقديم الايجاب
على القبول من كتاب البيع الا دعوى الاجماع على عدم صحة العقد بتقديم القبول
بلفظ الاستفهام قال ره ولو تقدم بلفظ الاستفهام فيقول اتبيعني فيقول بعتك
لم يصح اجماعا لانه ليس بقبول ولا استدعاء انتهى قوله ويدل عليه مضافا
الى ما ذكر الحكم خلاف المتعارف من العقد اه اورد عليه بعض المعاصرين بان
تقديم القبول بلفظ اشتريت ونحوه من الفاظ القبول خلاف المتعارف ايضا فلا وجه
للفرق بينه وبينها بعدم تجويز تقديمه دونها لان اشتريت او نحوه انما يكون
قبولا لدلالته على معنى قبلت والا فهو صالحة للايجاب انتهى وكيف ما قيل لما عن مجمع
الفائدة وغيره انه يصير المشتري موجبا والبايع قابلا وعكس دفعه وكذا بان مراده
ره بالمتعارف ليس هو الشايع الذايع لما قد عرفت بذلك وانما المراد هو ما وقع
في العرف وعرف وقوعه في الجملة وان لم يكن على حد الشيوع وح نقول لا ريب في
ان العقد المقدم فيه لفظ قبلت ليس مما عرف وقوعه انه لم ندع العلم بعدم وقوعه
بخلاف لفظ اشتريت فانه قد يتفق وقد علمنا بوقوعه في الجملة في العرف في الاخبار
لما شهد به الخبران اللذان قد مر ذكرهما في بيع الابق في المسئلة السابقة وكذا
الخبر الاول الذي ذكرناه هنالك في خصوص بيع اللبن في الضرع كانه
فهم من لفظ المتعارف معنى الشايع حتى حكم بتساوي قبلت والامر في كونهما خلاف
المتعارف وثانيا انه كثيرا ما يعبر المصنفون عند عبارة المصنفة في مقام الاستدلال
او في مقام الجواب فيقولون وفيه مضافا الى كذا انه ويجعلون ما هو مؤيد للدليل

او الجواب

او الجواب مدخولا لكلمة الى بعد لفظ مضافا ويجعلون الدليل او على بطلان الجواب مدخولا لان كما
لا يخفى على من امعن النظر في اساليب الكلام والظاهر ان كلام المصنف ره مبني على هذا وقد يؤيده
ان لفظ ما ذكر في كلامه اشارة الى نفي الخلاف والاجماع المنقولين بالواسطة في كلام او نحى
المصنف وهو ره لا يقول بحجية الاجماع المنقول في نفسه وقد احاط خبرا باشتباه كثير منهم
في النقل في كثير من الموارد على وجه لم يحصل الظن وثالثا ان المصنف ره اعترف في ذيل كلامه
على اشتريت ونحوه بان تقديمهما خلاف المتعارف فلا وجه للايراد عليه بذلك بل يمكن
ولكن يوجه الوجه الاول ان المصنف ره قال في المسئلة السابقة ان قصد الانشاء او ثانيا في
المستقبل خلاف المتعارف ومعلوم انه لا يصح فيه المعنى الذي ذكرناه ما لم يقع قصد
بين العرف فلابد وان يكون المراد بالمتعارف معنى المتداول الشايع قوله ره
ان القبول الذي هو احد ركني عقد المعاوضة وهو انشاء النقل الفعلي في الحال القابل
المتعلق بماله بازاء مال صاحبه الذي انشا نقله اليه بالايجاب الواقع لما سبق ضمنه ره
قوله ره وليس المراد ان اصل الرضا شئ تابع لتحققه في الخارج او لاصل الرضا
بحيث يحتاج الى توضيح ما ذكره من المثال لا ايح العبارة عن جوازه وتعقيد وبيان
كيفية تحصيل المراد منه هو ان نقول ان اصل الرضا الذي كره او لا اريد به نفس الرضا
وكثيرا ما يعبر بلفظ الاصل مضافا الى الشئ مرادا به ذات ذلك الشئ الغير المقرونة
بالعوارض مع النظر الى اعتبار الذات بمعنى الاعتبار الصلب ومنه الذات المعتبر بلحاظ
عروض العوارض ولو بحسب وجود اخر ذهنيا او خارجيا والمراد بالاصل الثاني ما
يعبر عنه بالمبدء وحاصل المعنى انه ليس المراد ان نفس الرضا شئ تابع لتحقق ذلك
الشئ في الخارج او لمبدء الرضا به ومنشائه في الذهن بحيث يحتاج في توضيح كونه تابعا
لمبدئه ومنشائه دون تحققه الخارجي الى ما ذكره من المثال وهو قوله انا راض
بما تعطيني ولفظه او لاحد الامرين بمعنى ان المراد بكون القبول فرعا للنحى احدهما

هذين المعنيين المذكورين احدهما قبل كلمة او والاخر بعدها حتى يحتاج الى توضيح الثاني
منهما بالمثال بعد اختيارك بل المراد منه معنى ثالث هو ركن في العقد فافهم فلنرجع الى ما
ذكرنا نظير الوجه في المنع عن تقدم القبول بلفظ الامر كما لو قال بعني هذا بدرهم
فقال بعتك اورد عليه بعض من تاخر بان جعل المنع من ايقاع العقد بالاستيجاب
والايجاب نظرا الى الوجه المذكور لا وجه له لان مقتضى الاستناد في المنع الى وجه المانع
الذي هو هنا عدم جواز تقديم القبول كونه علة تامة للمنع فينتفي بانتفائها
فيلزمه جواز القبول بالامر مؤخرا عن الايجاب مع ان من المعلوم انه لا يصح القبول
به مؤخرا انتهى فان قلت الفارق بين الصورتين موجود لانه عند تقدم الايجاب
لابد من ان تقصد بما تنشئ انشاء القبول ومعلوم انه لا يصح قصد القبول بلفظ
الامر لانه لطلب ايجاد الفعل قلت كون المقصود به انشاء القبول لابد منه على
التقديرين ففي صورة تقديم الامر لو كان مراد المتكلم بلفظه هو مجرد الطلب محتملا
ان المخاطب يجيبه الى الطلب مطلوبه فيوجب له العقد ويحتمل عدمه لم يكن ينعقد
به العقد على تقدير اتصال الايجاب به عند احد وانما الخلاف بالحكم بصحة العقد
وعدمه فيما لو قصد بالامر في صورة تقديمه انشاء القبول ويمكن استفادة
هذا الذي ذكرناه من مثل كلام المحقق حيث قال وكذا في طرف القبول مثل ان
يقول بعني او تبيعني لان ذلك اشبه بالاستدعاء او الاستعلام انتهى فان
الذي ينبغي ان يقصد بهذا الكلام هو انه وان كان مقصود الامر بالامر و
المستفهم بالاستفهام انشاء القبول في الواقع الا ان الامر اشبه بالاستعلام فيكون
اللفظ غير صريح في معناه وقد عرفت ان استعمال الالفاظ الغير الصريحة في العقود
اللازمة غير صحيح ولو لا ارادة هذا المعنى لم يكن اقحام لفظ اشبه في العبارة الا لغوا
فالحاصل ان استناد عدم انعقاد العقد بالقبول المقدم والايجاب المؤخر الى

مستند الى المنع عن تقدم القبول

ما ذكره

ما ذكره من الوجه انما يتم لو قيل بوقوع القبول في صورة تاخيره بغير الماضي كالامر ونحوه والا
فلا وجه له هذا ولا يخفى عليك انه يمكن دفعه بان هذا الايراد انما يتجه لو كان مذهب المصرح
عدم جواز ايقاع العقد بغير الماضي وقد عرفت في المسئلة السابقة انه قوى تحقق المقتضى
الذي عبر عنه فيما نقلنا بعدم اعتبار الماضوية فيشمل ايقاعه بالمستقبل والامر ولا مانع من
انشاء القبول بالامر لو فرض عرفا في مقام القبول مؤخرا الا ترى ان من قيل له
اعطيتك هذا الشئ منشأ به الاعطاء يقول اعط صريحا به القبول من باب ذكر اللازم
وارادة الملزوم من حيث ان الطلب لا يكون الا عن رضا وحب لما يامر به فذكر الامر
في امثال هذا المقام يراد به اظهار الرضا الذي هو الملزوم دون معناه الوضعي الذي هو
الطلب على سبيل الحتم واللزوم فاذا قدم صار معناه هو الرضا بما يوجبه صاحبه في
المستقبل ولهذا قال ره في تعليل ما ذكره في المتن لان غاية الامر دلالة طلب المعاوضة
على الرضا بها لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلة نقل في الحال للدرهم الى
البائع كما لا يخفى انتهى واما اذا اخر صار معناه انشاء الرضا في الحال بما اوجبه الموجب و
نقل الدرهم الى البائع الذي هو لازم قبول المبيع بالعوض ومما يشهد بما
ذكرنا انه سيصرح المصرح ره بانا لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ قبلت يكفي المنع هنا بمعنى
صيغة الامر بناء على اعتبار الماضوية فيما دل على القبول وانه بناء على مختاره من كفاية
مطلق اللفظ العرفي في لزوم البيع ينعقد البيع بالاستيجاب والايجاب انتهى وقد صرح
بعض المعاصرين في الالتفات الى مذهب المصرح ره حيث قال الظاهر انه لا فرق عندهم
بين الامر والمضارع والماضي بناء على عدم اشتراطهم الاخير في القبول والا فلا يصح وان
تاخر كالامر ولكن قد جزم بعضهم بالمنع من تقديم القبول بلفظ الامر لان غايته دلالة
طلب المعاوضة على الرضا بها لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلة نقل في
الحال للثمن الى البائع كما هو واضح كوضوح وهن دعوى الاتفاق على الصحة بحسب الاكثر

ط
اراد بالمصرح ره وجعل
محل النزاع في المسئلة انما
هو باعتبار انه لا يشترط
الماضوية منه دام
عز

الى علمهم مع منع نحوى جوازه فى النكاح مع تسليمه فى نفسه والا لما هو مقتضى قصور
عليه فيه سند ودلالته فالامر واضح مما ذكر لك وفيه مع حكاية الاتفاق عليه فيه انه لا
ننكر دلالته على صدق القبول عرفا عليه فيه فيصدق عليه هنا انه وان لم يتفاوتا
فى الحكم بالصحة لكان محل البحث كما اعترف به بعضهم ما لو اريد به انشاء القبول
على حد انشائه بالشرب والا فلا نزاع فى عدم الصحة لعدم تحقق القبول الذى هو
الركن كما هو واضح كوضوح انه لا مجال لدعوى انه غير صالح لذلك لعدم معروفية
استعماله فيه لغة ولا شرعا ولا عرفا اذ محل البحث انما هو بعد فرض صحة العقد
بالامر والا فلا مجال للبحث فيه كما هو واضح كوضوح منع كونه كقبلت او اوضح منها
بالمنع بناء على عدم جواز تقديمها فتامل جيدا انتهى ولعل ما اورده ايده الله تعالى عليه من
من حكاية الاتفاق على انعقاد عقد النكاح بالامر المقدم والايجاب المؤخر فهو من
عجائب الامور لان المصرح قد ذكر حكاية الاتفاق وقال انه موهون بمصير الاكثر
وعثر عليه المورد فى كلامه وذكره فى محل نقل كلام المصرح ومع ذلك فقد اعترض بانه حكى
الاتفاق عليه واعجب منه ما اعترض عليه ثانيا من انه لا تنكر دلالة الاتفاق المحكى
على صدق القبول عرفا على الامر فى النكاح فيصدق القبول على الامر الواقع فى
عقد البيع انتهى لا نرى ما عرفت اولا بان الاصل الممنوع كيف يتبع دلالته التى هى فرعه
وثانيا انه ان اراد من العرف العرف العام على ما هو المتعارف من استعماله غير
مقيد بشئ من القيود الخاصة اتجه عليه انه لا اثر للصدق لدى العرف مع علمنا
بكون المصداق الذى هو الامر فاقدا للمعنى المعتبر فى القبول على الواقع و
ليت شعرى هل وقع فى الكتاب والسنة انه يكفى فى عقد البيع او غيره القبول
المنضم الى الايجاب حتى يرجع فيه الى العرف ويتمسك باطلاق اللفظ بعد تنزيله
العرفى وان اراد العرف الخاص اعنى عرف الفقهاء اتجه عليه انه لا يجدى مجرد صدق

القبول

القبول فى مصطلحهم مع نص جميعهم باشتراط القبول بشرائط خاصة ونزاعهم فى
ان هذا النوع من القبول هل يترتب عليه الاثار المترتبة على القبول المعتبر حتى لو فرض
انه وقع فى الكتاب او السنة انه يكفى القبول لعدم دوران خطاباتهما مدار عرف الفقهاء لما عرفت
من ان المدار فيهما على العرف العام نعم لو وقع عنوانا فى معقد الاجماع المعتبر صح الرجوع
فى تفسيره الى مصطلحهم واما ما اورده من ان محل البحث انما هو ما لو اريد به انشاء
القبول على حد انشائه بالشرب والا فلا نزاع فى عدم الصحة لعدم تحقق القبول
الذى هو الركن فهو الذى ينبغى ان يبنى عليه عند الانصاف لعدم قابلية غيره لاثبات
تحقق العقد به والحكم عليه بالصحة الا انه لا شك فى اثبات انه يمكن استعمال بعض
بعض الشرب شيئا ان ذلك مما لا بد من اقامة الدليل عليه ولعل المصرح يتكون ذلك
وانه يكون عدم صحة ذلك الاستعمال مسلما عنده لم يتعرض له وانما تعرض للبعض
الاخر الذى قد يستعمل اللفظ فيه وهو الرضا بل نقول ان مجرد الشك فى
صحة مثل ذلك الاستعمال يكفيه لكون اللغات توقيفية والاصل يساعده على
النفى والمورد قد تفطن لـ[illegible] محل ما قررناه بل ذكر ما يشعر باعترافه بعدم معروفية
استعماله فيه عرفا الا انه دفعه بان محل البحث انما هو بعد فرض صحة العقد بالامر
والا لم يبق مجال للبحث عن جواز تقديم القبول بلفظ الامر بعد عدم صحة اصله وهذا لا يخلو
عن وجه واذ قد عرفت ذلك كله فنقول لتحرير محل الخلاف ان استعمال الامر فى مقام
العقد قد يكون لمجرد الطلب من دون قصد معنى القبول به اصلا وهذا لا اشكال
فى عدم كفايته عن القبول ولا يحتمل فى حق احد من فقهائنا القول بصحة العقد به
اذ الحق الايجاب من دون اتباعه بالقبول المعتبر وقد يكون لمجرد الدلالة على
الرضا بالمأمور به من دون قصد الطلب من باب استعمال اللفظ الموضوع للملزوم
فى اللازم وهذا هو الذى ذكره المصرح انه مثل قبلت فيكون رضا على وجه صحيح فى

٢ لغة ولا شرعا ولا

المستقبل ولا تحقق الرضا الفعلي بمعنى الرضا في الحال بالايجاب الواقع الذي هو كونه
ركن للعقد وهذا يقتضي لا اشكال في عدم تحقق القبول به وعدم صحة العقد بوقوعه
وقد يكون مستعملا في معنى اشتريت من باب استعمال اللفظ الموضوع للملزوم
في اللازم فان طلب البيع يلزمه الانتصاب في مقام قبوله والقيام بالاشتراء
فاستعمل اللفظ في انشاء ذلك المعنى اللازم وهذا هو الذي ينبغي ان يكون محلا
للنزاع دون الاولين لوضوح عدم كفايتهما في تحقق العقد والظاهر في وقوع
مثل ذلك الاستعمال غاية ما في الباب ان يكون مجازا فيخرج بذلك عن الصراحة
ولكنه بانضمام القرينة اللفظية الحقيقية اليه على مذهب العمدة يصير صريحا
وبانضمام مطلق القرينة الموصلة للمقصود وان كانت من قبيل الامور العقلية
او القرائن المقامية على المختار لك ولا يبعد ان يكون ذلك من المجازات القريبة
فيصح استعماله على مذهب المحقق الثاني ره والحاصل ان الامر بالمعنى الثالث
يصير حاله حال اشتريت فان جوزنا القبول به مقدما جوزناه بالامر والا فلا
قوله ويؤيده انه لولاه يلزم الفصل الطويل [illegible] بين الايجاب والقبول
لوقوع جمل متعلقة منه صم ومن الرجل بين قوله زوجنيها وبين قوله النبي صم قد
زوجتكها ومضى زمان طويل بينهما بحكم العادة لاقتضائهما وجود الفصل بين
كلامي كل من المتكلم والمخاطب خصوصا في مثل هذا المورد لان كلا منهما قد يحتاج
الى التامل في علاج الامر والظاهر يؤيد عدم كون المراد بالامر في كلام الرجل
هو القبول انه طلب التزويج معلقا بعدم ارادة رسول الله صم لها فانه قال
يا رسول الله صم زوجنيها ان لم يكن لك فيها حاجة فان هذا التعليق يدل
على انه لم يكن واثقا بان رسول الله صم معرض عن تزويجها ولا بانه صم يزوجه
اياها وعلى هذا فكيف يصح ان يقال انه قصد بقوله زوجنيها انشاء القبول فتدبر

قوله

قوله مع المحكي عن الوجه في المنع هو ما تقدم الاشارة اليه في كلام الشهيد ره في غاية المراد نقلا عن
العلامة ره من الفرق بين النكاح وغيره بان الايجاب هنا من المرأة وهي تستحي من الابتداء
بالايجاب فيشق عليها ذلك فالمناسب لفضل الله سبحانه على عباده هو ان يوسع في امر عقد
النكاح فيرخص في ابتداء الزوج فانه كثيرا ما يتفق انه لا يوجد لها وكيل يقوم بالايجاب بدلا عنها
فالمناسب لفضله تعالى هو التوسعة في امر نفس العقد الاصلي مع قطع النظر عن قيام الوكيل
مقامها وزاد في جامع المقاصد بعد بيان الفرق قوله ثم يفرع جواز التقديم في العقد على
وكيل المرأة ووليها طردا للباب انتهى وفي كشف اللثام بعد ذكر استحياء المرأة عما
ما في لفظه والولي والوكيل فرعها انتهى ويؤيد منع المحكي ان ابن ادريس ره ذهب الى جواز
تقديم القبول على الايجاب في النكاح ومنعه في غيره كما عرفت ووافقه عليه جماعة
قوله ثم اعلم ان في صحة تقديم القبول بلفظ الامر اختلافا كثيرا بما ذكرنا هو التحقيق
عندي الا ان ينبه على ما [illegible] الاصحاب وان فيها اختلافا فاقول وفي جامع المقاصد
ان ظاهرهم ان هذا الحكم اتفاقي فالمعلوم ره بعد حكم العلامة ره في القواعد بعدم انعقاد
عقد البيع بالاستيجاب والايجاب ظاهرهم ان هذا الحكم اتفاقي وما قيل بجوازه في النكاح
مستثناه وانه ضعيف انتهى قوله مع حكاية الاجماع عن ظاهر الغنية فانه بعد ان ذكر
العبارة التي حكاها عنه المص ره استدل بالاجماع على كون المعاطاة بيعا ثم قال بعد على ذلك فلنا
الاجماع المشار اليه وايضا فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به وليس على صحته بما عداه دليل
انتهى قوله وعن ذلك المشهور قال المحقق ره في بيع ولا ينعقد الا بلفظ الماضي فلو
قال اشتر او ابتع او ابيعك لم يصح وان حصل القبول وكذا في طرف القبول مثل ان
يقول بعني او تبيعني وقال في ذلك بعد نقل العبارة تنبيه لذلك على خلاف ابن البراج حيث
جوز بها والمشهور خلافه قوله بل قيل ان هذا الحكم ظاهر كل من اشترط تقديم الايجاب على
القبول اعلم انه قد اختلف عبارتهم في هذا المقام فمنهم من يظهر منه ان الامر من المشتري

[illegible] والايجاب من البائع [illegible] والقبول حقيقة [illegible]

واعلم انه لا [illegible] القبول [illegible] لفظ الامر [illegible] والايجاب [illegible] على القبول [illegible]

لا يسمى قبولا وان تعقبه النقل من البايع ولهذا عبر عنه وعما يتعقبه بالاستيجاب والايجاب
كالعلامة في محكي التذكرة حيث قال ولا بد من الصيغة الدالة على الرضا الباطني وهي الايجاب كقوله
بعت وشريت وملكت والقبول وهو اشتريت وتملكت او قبلت ولا تكفي المعاطاة وان
كان في المحقرات ولا الاستيجاب والايجاب وهو ان يقول المشتري بعني فيقول البايع
بعتك من غير ان يعيد المشتري انتهى فقد سمى ما صدر من الطلب من المشتري ايجابا
ولم يسم قبولا ولفظ الايجاب والاستيجاب ح على الحقيقة لان الاثبات والايقاع
هنا انما هو من البايع والمشتري لم يصدر منه ايقاع ومن هذا الباب يستظهر من كل
من اشتراط الايجاب والقبول وسكت عن التفصيل عدم كفاية الامر من المشتري و
الايجاب من البايع لان الامر لا يسمى قبولا حتى يتحقق هنا الايجاب والقبول
اللذان هما شرط تحقق العقد والى هذا المسلك نظر عبارة الغنية حيث ذكر فيها
في عداد شروط صحة انعقاد البيع ان يحصل الايجاب من البايع والقبول من المشتري
ثم اختتم الكلام الى ان قال واعتبرنا حصول الايجاب من البايع والقبول من المشتري
تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري والايجاب من البايع انتهى و
منهم من يظهر منه ان الامر من المشتري مع تقدمه يسمى قبولا كالشيخ في ط فانه
قال في ذيل عبارته التي حكيناها عنه من كتاب البيع في اول المسألة وان تقدم القبول
فقال بعنيه بالف فقال بعتك صح وفي العبارة التي نقلها المصنف عن كتاب النكاح
هنا واما ان تأخر الايجاب وسبق القبول فان كان في النكاح فقال الزوج زوجنيها
فقال زوجتكها صح اه ولكن الظاهر ان اختلافهم انما هو في مجرد التعبير فمن عبر عنه بالاستدعاء
فقد نظر الى خصوص اللفظ حيث صيغ بحسب اصل وضعه للاستدعاء ومن عبر عنه بالقبول
فقد نظر الى المعنى لانه بحسب المعنى لا بد وان يراد به ما يكون صالحا لتنازع العلماء
فيه والا فمجرد طلب البيع مع عدم علم الامر في الواقع بانه هل يقع من المخاطب الايجاب

ام لا غير كاف لما قدمنا بيانه وان ذلك امر واضح واما احتمال ان يكون النزاع لفظيا
بان يكون مراد من قال بانه لا يصح بالاستدعاء هو مجرد الطلب ومراد من حكم بالصحة هو
انشاء القبول به فبعيد لا يليق بالعلماء مع ان هذا الاحتمال لا يجري في كلام الشيخ ره
في كتاب البيع لانه صرح مع تعبيره بالقبول قال في ذيل العبارة والاقوى عندي انه لا يصح حتى
يقول المشتري بعد ذلك اشتريت او قبلت بل يمكن نسبة هذا الحكم الى كل من جوز
تقديم القبول على الايجاب بقول مطلق وتمسك له في النكاح برواية سهل الساعدي
المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج اشار بقوله هذا الحكم الى ما حكاه عن الشيخ في
باب النكاح من جواز تقديم لفظ الامر بالبيع على الايجاب وانما امكان نسبة
هذا القول الى من جمع بين الامرين اعني اطلاق جواز تقديم القبول على الايجاب
والاستدلال لتقديم القبول على الايجاب في كتاب النكاح برواية سهل الساعدي فبوجه
الدلالة ان استدلاله هناك برواية سهل الساعدي بضميمة ان المراد بالقبول
هناك ما يعم الامر من الناكح قطعا فيكون المراد بالقبول هنا ايضا ما يعمه فلا يلبس
الا ان المحقق مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيجاب والايجاب صرح بجواز تقديم
القبول على الايجاب ويريد ان ما ذكرناه من نسبة القول بجواز تقديم القبول على
الايجاب في البيع الى كل من اطلق هنا جواز تقديم القبول على الايجاب وتمسك في
النكاح لجواز التقديم بلفظ الامر بخبر سهل الساعدي مبني على ارتفاع احتمال ان يكون
المراد بالايجاب والقبول معناهما الاخص مع ان الاحتمال باق غير مرتفع لجواز
ان يكون ممن يجوز تقديم الامر في النكاح ولا يجوزه في البيع وانما يجوز هنا تقديم
ما كان قبولا بمعناه الحقيقي الذي هو القبول بغير صيغة الامر دون ما هو
الفرد الاخفى للمعنى الاعم وهو ما كان بصيغة الامر فيكون مراده بالاطلاق تقديم
القبول على الايجاب معناه الخاص كما يشهد به ان المحقق ره هنا تردد في ك

المشتري بعني او تبيعني مع قول البائع بعتك ومع ذلك اتبعه بالحكم بجواز تقديم القبول على
الايجاب قال في بيع فلو قال اشتريت او ابتعت او ابيعك لم يصح وان حصل القبول وكذا
في طرف القبول مثل ان يقول بعني او تبيعني لان ذلك اشبه بالاستدعاء والاستعلام
وهل يشترط تقديم الايجاب على القبول فيه تردد والاشبه عدم الاشتراط فقد اراد
بالقبول المذكور اخيرا معناه الاخص فهو مفصل في البيع بين تقديم الامر من
المشتري وبين تقديم القبول بمعناه الاخص المتعارف بعدم الجواز في الاول
وبالجواز في الثاني مع تعبيره بلفظ القبول عنه فلعل من اطلق جواز تقديم القبول
على الايجاب هنا مع استدلاله في النكاح بخبر الساعدي يقول بمذهب المحقق قده
من التفصيل فيمنع من تقديم الامر بالبيع ويجوز تقديم القبول المتعارف
في البيع واطلاقه تقديم القبول على الايجاب ناظر الى معناه المتعارف فلم تكن القرينة
التي هي الاستدلال بخبر الساعدي معينة للمقصود وهو كون المراد بالقبول
هو المعنى الاعم وان العلامة قده في عده هنا منع من الاستيجاب والايجاب وقال
بعده بلا فصل وفي اشتراط تقديم الايجاب نظر وهذا اتم شاهد بان اطلاق الايجاب
والقبول لا يلزم ان يراد بالمعنى الاعم فقد يراد به المعنى المتعارف فلعل من اطلق
جواز تقديم القبول على الايجاب اراد بالقبول ما اراده العلامة قده بلفظه في لشيء
وقد عرفت ان القبول على وجه طلب البيع قد صرح في المبسوط بصحته بل ظاهره
عدم الخلاف فيه بيننا وحكي عن الكامل ايضا فتامل اقوى الظاهر ان الامر بالتامل
اشارة الى ان الاكتفاء بالقبول على وجه طلب البيع لا يتم حتى على ما قواه لان الاكتفاء
باللفظ المكتفي به المعاملة اذا لم يكن مما قام الاجماع على عدم افادته اللزوم انما
يصح اذا كان ذلك اللفظ المذكور وافيا بافادة المعنى الذي تتقوم به المعاملة
وقد علمنا ان الامر في القبول على وجه طلب البيع ليس على ذلك المنوال لما بيناه

من ان معناه يؤول الى الرضا بما سيوقعه صاحبه من انشاء البيع بعد ذلك وانه
ليس محصلا للقبول الذي هو ركن في العقد وهو الرضا بالفعل بما اوقعه صاحبه
في الحال ويحتمل ان يكون اشارة الى توهين نفي الخلاف المستفاد من كلام الشيخ قده
بما عرفت من وقوع الخلاف في كفاية الاستيجاب والايجاب وانه قد انكره جماعة من اعيان
فقهائنا شكر الله مساعيهم الجميلة ويحتمل ان يكون اشارة الى توهين ما افاده
سابقا من تقريب ان كفاية الاستيجاب والايجاب اذا كانت بحيث ذهب اليها الشيخ
وجماعة بل نفي عنها الخلاف فلا بد وان يكون مرادهم ما يحصل به قوام العقد بان
يكون الامر عندهم بمعنى يتحقق به القبول الذي هو ركن العقد بان يكون بمعنى
اشتريت مثلا والا فلا يمكن منهم الحكم بصحة ما لا يحصل فيه القبول الذي هو ركن
العقد لكن هذا بعيد جدا لفوات محل بيانه وانما كان محله ما يلي قوله قده وما ذكرنا
لظهر الوجه في المنع عن تقدم القبول بلفظ الامر مضافا الى بعض اصالة مثل هذا الطلب
اللهم لو لا تحققا في نظر الى مجرد الامر بالتامل فتتبع فتامل وطلب التقديم بلفظ
اشتريت او ابتعت او تملكت او ملكت هذا بكذا فالاقوى جوازه محصل ما ذكره قده
هو التفصيل بين لفظ قبلت وغيره من الالفاظ بعدم الجواز في الاول والجواز
في الثاني بناء على كون النزاع فيما هو اعم من قبلت وغيره كما هو ظاهر اطلاق كلمات
القدماء وصريح ما اختاره العلامة الطباطبائي قده فيما حكي عنه من جواز التقديم حتى
في لفظ قبلت وما اختاره المصنف قده قد وافق فيه الشهيد الثاني قده والمحقق الاردبيلي ره
وان كان كلامهما ناظرا الى جعل محل النزاع في غير قبلت الا ان محصل ما اختاره
هو الجواز في غير قبلت وعدم الجواز فيه قوله قده لانه انشاء ملكية للمبيع بازاء
ماله عوضا ففي الحقيقة كل منهما يخرج ماله الى صاحبه ويدخل مال صاحبه في ملكه
قال في ذلك بعد ان قوى عدم اشتراط تقديم الايجاب على القبول ما لفظه ومنع الخلاف

ما لو كان القبول بلفظ ابتعت او اشتريت او شريت او تملكت منك كذا بكذا بحيث يشتمل
على ما كان يشتمل عليه الايجاب اما لو اقتصر على القبول وقال قبلت وان اضاف
اليه باقي الاركان لم يكف بغير اشكال وح فلا فرق بين الايجاب والقبول وان كل
منهما احد شقي العقد وفي الحقيقة هذه الالفاظ المتقدمة المعدة قبولا قائمة مقامه
لا نفسه وانما القبول على الحقيقة قبلت وهو مما لا يصح الابتداء به انتهى وفي مجمع
الفائدة عند قول العلامة في الارشاد وفي اشتراط تقديم الايجاب نظر ما نصه
وجه النظر صدق العقد والاصل عدم اشتراط شيء وسابق ما تقدم والاحتياط
لوجود الخلاف وان القبول فرع الايجاب فلا معنى لتقديمه والاول اظهر وقد
فهم مما تقدم ويجيء جوازه في النكاح مع ان مبناه على الاحتياط التام والاحتياط
ليس بدليل مع انه لا يخلى بعد لو قوع مع ان كون القبول فرع الايجاب غير ظاهر
ومنقوض بما جوز في النكاح على انه انما هو مع كونه بلفظ قبلت نحو وهو مع انضمام
بهذا المتاع وشرائه بمبلغ كذا وذلك غير كاف من غير نزاع على ما في حج بع وانما النزاع
في مثل قوله ابتعت او اشتريت او تملكت منك هذا المتاع بكذا بحيث يشتمل
على جميع ما يعتبر في صحة العقد فصورة تقديم الايجاب ولا ينبغي النزاع كأن البايع
كالمشتري فيجوز ابتداؤه بالصيغة قبل الاخر فيكون الاول موجبا والثاني قابلا
مطلقا وسيجيء في بيع الابق وبيع اللبن في الضرع اخبار دالة على جواز وقوع البيع بلفظ
المضارع مع التقديم وبعضها صحيح انتهى وقد اختلف افهام الناظرين في كلام المحقق
المذكور فمنهم من فهم منه ان مراده ان القبول يصير ايجابا والايجاب ينقلب قبولا
ومنهم من زعم ان غرضه ان القبول يصير ايجابا والايجاب باق على حاله ثم يتعين غاية
ما هناك ان العقد مركب من ايجابين ومنهم من زعم ان مقصوده هو ان كلا
منهما ايجاب وقبول بالاعتبارين ولهذا اورد عليه بعض من تأخر من متأخري

الفقهاء

الفقهاء انما هو تقديم القبول على الايجاب المعتبر لكل منهما بوصف العنوان فتوضيح ذلك نفي
ان مثل قول المشتري اشتريت المقدم على قول البايع بعت لا يخلو اما ان يكون باقيا
على ما كان عليه من كون المراد به هو المعنى الذي هو قبول ام لا فعلى الاول لا معنى لقول
المحقق الاردبيلي فان البايع كالمشتري فيجوز ابتداؤه بالصيغة قبل الاخر
فيكون الاول موجبا والثاني قابلا مطلقا ومثله ما افاده المعاصر من ان المشتري
في الحقيقة انشاء المعاوضة كالبايع وذلك لانه مع فرض كون لفظ اشتريت باقيا
على معناه المراد به في صورة التاخير اعني القبول لا معنى لصيرورته ايجابا لان
الايجاب عبارة عن نقل الشيء واعطائه مع كونه قبولا كيف يصير ايجابا او اعطاء
وعلى هذا القياس النكاح اذا كان مقدما على النكاح فانه في صورة التاخير عبارة عن قبول
الانكاح فعند تقديمه ان اريد به ما كان يراد به عند التاخير لم يكن ايجابا لان ايجاب
النكاح عبارة عن ادخال الزوجة في عنوان الزوجية فكيف يصير قبول الزوجية
للزوجية ايجابا وعلى الثاني لا يخلو اما ان يكون الايجاب المتاخر باقيا على ما كان
عليه من كونه ايجابا فيلزم تركب العقد من ايجابين من دون قبول وذلك خلاف
معنى العقد ضرورة انه عبارة عن الايجاب والقبول واما ان ينقلب قبولا وفيه لا معنى
له لان الايجاب كما عرفت عبارة عن اعطاء شيء وبذله فلا يعقل انقلابه قبولا
الا ترى ان بعت المراد به انشاء نقل العين ايجابا فلا يعقل انه يصير قبولا وكذا
انكحت المراد به انشاء ادخال الزوجة تحت سلطنة الزوج لا يعقل ان يصير قبولا
افترى كلام المحقق المذكور صريح في انه اذا قال احد المتعاقدين اشتريت
وقال الاخر عقيب ذلك بعت فان الاول يصير موجبا والثاني قابلا فلا
مجال لذلك الاختلاف في فهم كلامه المزبور والتحقيق للاعتراض عليه غاية ما في
الباب انه ساكت عن ان مثل هذا الايجاب من جهة قبوله انقلب ام بقي ايجابا

ان فيه اعتبارين فهو ايجاب باعتبار وقبول باعتبار اخر ولكن ذيل كلام المصنف (ره) يعطي
الالتزام بعدم ذلك حيث تفطن للايراد بان ما ذكره مخالف للاجماع على انه لا بد من
القبول من المشتري فاجاب بان المسلم من الاجماع انما هو اعتبار القبول من المشتري
بالمعنى الشامل للرضا بالايجاب واما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاوعة
وقبول الاثر فلا وذلك لانه استفيد من كلامه ان هذا المقدار من جهة القبول وهو
الرضا بالايجاب لا بد منه مما قام عليه الاجماع لكان المصنف (ره) يلتزم بكونه مثل
اشتريت عند ابتداء المشتري به ايجابا لانه قال في اول كلامه في الحقيقة انشاء
المعاوضة كالبايع اه وهذا الكلام بضميمة قوله فليس في حقيقة الاشتراء من
حيث هو معنى القبول اه وبضميمة ذيل ما استشهد به اعني قول الشهيد الثاني (ره)
ولفظ اشتريت يجوز الابتداء به يفيد انه (ره) يلتزم بكونه ايجابا فمجموع كلامه (ره) يفيد
التزامه بكونه ايجابا ويؤيده استشعاره الاعتراض على نفسه بما ذكره بقوله فان
قلت لا نه اذا دفع القبولية المستلزم لكونه ايجابا باعتبار انه طرف العقد لا يخرج
عن الايجاب والقبول ولعلم بعد كلامه كون ذلك ايجابا بالمرة يحتاج الاعتراض ولم يفتقر
الى اثبات اول ما يعتبر في القبول فيه فيكون قبولا بملاحظة ذلك الاعتبار
الحاصل ان كلام المصنف (ره) افاد الالتزام بكون اشتريت في حال تقدمه ايجابا
فيه جهة قبول وكلام المحقق الاردبيلي (ره) صريح في كونه ايجابا والظاهر بين ادلة
الاجماع على اعتبار القبول من المشتري هو التزامه على الالتزام به المصنف (ره) واما الشهيد
الثاني (ره) فالظاهر انه موافق لهما بعد لا انه حكم بانه بعد اخراج قبلت ورضيت
عن محل النزاع لا يبقى فرق بين الايجاب والقبول في انه يجوز ابتداء اي العقد
بكل منهما وان كلا منهما احد شقي العقد وحكم بانه في الحقيقة هذه الالفاظ المتقدمة
التي تعد قبولا قائمة مقام القبول وليست نفس القبول الحقيقي انما هو قبلت وهو

مما لا يصح

مما لا يصح الابتداء به فيلاحظ طرفي الكلام وملاحظة انه طرف العقد لا يخرج عن عنوان
الايجاب والقبول يعلم ان المراد بكونها قائمة مقامه لا انفسه هو ان فيها جهة قبول
الا ان ذلك لا يفيد فائدته تماما فهي ايجاب لانه طرف العقد لا يخرج عن الايجاب والقبول
لكنها قائمة مقامه باعترافه فتفيد فائدته فتحصل من جميع ما ذكرنا ان مؤدى كلام هؤلاء
الاعلام الثلاثة (ره) معنى ومفصل واحد وهو ان اشتريت واخواته في حال التقديم
ايجاب لكنها تفيد فائدة القبول لاستلزامها معنى الرضا بالايجاب الذي هو المتعلق
المتفق من معقد الاجماع على اعتبار القبول من المشتري واذ قد عرفت ذلك
ان ما ذكره وهو الحق الذي لا محيص عنه اذ لا يثبت للايجاب والقبول حقيقة شرعية
ولا اصطلاحية اما القبول ففي غاية الوضوح واما الايجاب فلانه في اللغة عبارة
عن الالزام والاثبات قال في المصباح وجب البيع والحق يجب وجوبا وجبة لزم
وثبت الى ان قال واوجبت البيع بالالف فوجب انتهى وفي المجمع وجب الشيء
كوعد لزم قال الجوهري وغيرها والوجوب اللزوم واوجبه الله واستوجبه
استحقه ووجب البيع لزم ومنه اذا افترق البيعان وجب البيع اي لزم انتهى وفي
شرح القاموس ان الوجوب على ثلاثة العقود والجمع على وزن عدة معناها
اللزوم والمراد به الثبوت والتمكن يقال وجب الشيء وجوبا وجبة من باب الثاني
اذا لزم ثم قال انه على بيان المصنف (ره) في النهاية مادة الوجوب موضوعة لمعنى السقوط والوقوع
انتهى وعلى هذا فايجاب البيع عبارة عن اثباته وايقاعه ومثل البيع غيره من العقود فتشتمل على
ايجاب وقبول على حد اشتمالها عليهما وقد اطلقوا على فعل البادي من المتعاقدين
الايجاب لانه بابتدائه بعد ان لم يكن صار كانه اوقعه وبثبته تمامه والا فالمعاملة انما
تحصل من فعل الطرفين واما الاخر فلما وجد من صاحبه ما تم الرضا به سمي فعله
قبولا ولم يسم ايجابا وان اريد بالبيع معنى النقل صار اسناد الايجاب الى البادي اوضح

وان نفق للاعروض ريب فيما ذكرناه من بقاء الايجاب على معناه اللغوي وانه لم يقع
فيه تصرف ولا نقل فعليك باصالة عدم النقل فان الغريق يتشبث بالحشيش ومما
ذكرنا كله تحقق ان من انشأ من المتعاقدين على وجه وظيفته الانشائية لكان ذلك
ايجابا بالصدق مفهومه اللغوي والعرفي وليس هناك معنى غيره حتى تفاوت الامر
علاحظته ولا يختص الايجاب بالبايع لعدم وضعه لما يختص به لغة ولا اصطلاحا
فصح ما ذكره المحقق الاردبيلي رحمه من ان الاول يكون موجبا والثاني قابلا ضرورة
قيام مفهوم الايجاب بالاول ومفهوم القبول بالثاني لما عرفت الوجه فيه من
بياننا واما ما اورد عليه من انه يلزمه بناء على ما ذكره ان يصير المرأة رجلا والرجل
مرأة وهو محال فهو مبني على زعم ان الايجاب في عقد مخصوص مخطوط في خاطره
ففي البيع عبارة عن فعل البايع وفي النكاح عبارة عن فعل الزوجة المسلطة للزوج على
نفسها وعلى هذا فلا يتحقق الايجاب من الرجل الا بان يصير مرأة وهو محال
وان كان قد تخيل بعض من اخوان الموحد زعم انه مراد المحقق الاردبيلي رحمه من انه اذا
قال الرجل نكحت مقدما على قول المرأة انكحت فمعنى صيرورة قوله ايجابا وقولها
قبولا هو ان نقصد من لفظ نكحت ما نقصده المرأة بانكحت لكن ليس الامر كذلك
لبداهة فساده وانما المقصود ما ذكرناه والحاصل ان هؤلاء الاعلام نفوا كون الايجاب
مبنيا على اثبات العقد في ايقاعه ومن انشأه منهما بايقاعه كان فعله ايجابا وكان هو موجبا
وكان فعل الاخر قبولا وكان هو قابلا سواء كان هو البايع ام المشتري وهذا
معنى صحيح لما عرفت البيان ومنه يعلم ان لا وجه لما زعم الاخوان من الامور الثلثة
المذكورة للناظر عند كلام المحقق المذكور ولا مجال للترديد والتشقيق الذي
ذكره البعض الذي تقدم ذكره في الرد على كل من الشقوق المذكورة وكذا ما ذكره
من ان نزاع الفقهاء انما هو تقديم القبول على الايجاب المعتبر لكل منهما نوع صنعه

العنوان

العنوان فضرورة ثم ان القبول الذي هو ركن العقد بوصف انه قبول لا يمكن تقدمه فانه اثبات
الشيء المستحيل ولو من احد طرفي المتناجي لا يليق بشان العلماء الاعلام مضافا
الى ان البحث عن ان القبول بوصف انه قبول هل يمكن تقدمه ام لا ليس من مباحث الفقهاء
لكون حكم الامكان وعدمه العقلية والذي يعود الى المسئلة الفقهية هو ان
ما يؤخذ به للقبول هل يصح ان يتقدم على الايجاب وينعقد به العقد ام لا فان هذا هو
الذي يصير جزءا عن فعل المكلف الذي هو العقد وكذا ما ذكره ذلك البعض من ان
الايجاب عبارة عن النقل والاعطاء لما عرفت من ان الايجاب عبارة عن الاثبات في الايقاع
ثم ان بعض المعاصرين بعد ان نفى الفرق بين الفاظ القبول على القول باشتراط تقديم
الايجاب عليه ذكر انه على القول بعدم الاشتراط انه قد يحكى انه لا كلام وذكر ما قلنا
ان كلام العلامة الطباطبائي رحمه ثم قال في شرح القواعد انه لا فرق بين الجميع وان
كان المنع من قبلت اظهر فقد يب ولكن عن نهاية الاحكام وكشف اللثام و
الميسية والمسالك والروضة ومجمع البرهان وغيرها المنع من تقديم قبلت ورضيت
بل ربما قيل بانه لا معنى له مع التقديم وعن كثير منها انه لا نزاع فيه وانما النزاع فيما اذا
قال المشتري ابتعت واشتريت وملكت ونحوها بل عن ظاهر المسالك الاجماع عليه
في النكاح مع عدم الفرق بينه وبين باقي العقود وقد يستدل مع ذلك بانه ٢ عليه م
خلاف المتعارف من العقد وبانه هو الفرع والمضاف والتابع للايجاب فلا يعقل تقدمه
عليه وذلك لان القبول الذي هو احد ركني العقد ليس المراد منه مجرد الرضا
بالايجاب حتى نرى بان الرضا بشيء لا يستلزم تحقق فعله فقد يرضى الانسان
بالامر المستقبل بل المراد منه الرضا بالايجاب على وجه يتضمن انشاء نقل ماله
في الحال الى الموجب على وجه العوضية لان المشتري ناقل للبايع وهذا لا يتحقق
الا مع تأخر الرضا عن الايجاب اذ مع تقدمه لا يتحقق النقل في الحال فان من رضي بمعاوضة

يشبهها الموجبة المنفصل لم ينقلها الى العالم الى الموجب بخلاف من رضي بالمعاوضة التي
انشأها الموجب سابقا فانه يرفع بعقد الرضا به عن عالمه وينقله الحكم على وجه المعوضية
وفيه ان تقديمه باشتريت ونحوها خلاف المتعارف اتفق ولا جهة للفرق بينهما
بذلك كما ان لفظ اشتريت مثلا انما تكون قبولا لدلالتها على معنى قبلت والا فهي
صالحة للايجاب اتفق ولذا قيل كما عن مجمع البرهان وغيره انه يصير المشتري موجبا
والبايع قابلا الا انه خارج عن محل البحث اذ هو في تقديم القبول حقيقة على الايجاب
حقيقة لا في جعل المشتري موجبا والبايع قابلا فانه مما لا مساغ لانكاره ومن
المعلوم ان الحروف مما لا دخل لها في المنع وانما المانع هو المعنى المشترك بين
الجميع فالفرق بينها وبين غيرها لا يخلو من تحكم لدعوى انها غير صالحة لانشاء علاقة
المثمن بالثمن فلا يصح تقديمها عليه بخلاف اشتريت مثلا فانها صالحة لذلك فيصح
تقديمها عليه وتكون قبولا لتضمنها لمعناها في الجملة او لمشابهتها لها وان لم تكن
فيها معناها اصلا وراسا لانها مرادفة لها ودالة على تمام معناها المشتمل ثم
لعدم صحة تقديمها كقبلت مع انها ان تمت لزم منها عدم كون
تقديم اشتريت من محل النزاع وكانت قرينة من مقالة المقدس ره ان لم تكن هي هي
اذ لا يخفى ان النزاع انما هو في جواز تقديم القبول حقيقة وعدمه لا في جواز تقديم
اشتريت الخ من الفاظ القبول عندهم مع اخراجها عن القبول وجعلها ايجابا
او قرينة من الايجاب بان يراد بها انشاء ملكية مال صاحبه لنفسه ازاء ماله
الذي يصير مشتريا بخلاف البايع فانه ينشأ ملكية ماله لصاحبه ازاء مال صاحبه
في الحقيقة هما سواء في انشاء المعاوضة بل قد يقال بانه لا اشكال في الجواز واحتمال
لفظية النزاع بان يريد المانع صورة قصد القبول منها خاصة ويريد المجيز صورة
عدم قصده بعيد جدا ان لم نقطع بعدمه بل الظاهر ان النزاع انما هو مع قصد

القبول

القبول منها مع احتمال كونه مع عدمه اتفق الا انه بعيد جدا هذا وقد يشكل الجواز مع علمه
بالاجماع على اعتبار القبول في العقد ولا قبول مع التقديم باعتراف الخصم ويدفع بان
المسلم من الاجماع انما هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالايجاب
واما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاوعة وقبول الاثر فلا مدفع بان
لا محل للدليل لكونه على اعتبار القبول الحقيقي فان كان ذلك المعنى العام هو الحقيقي فلا
يأتي بنادرته بقبلت اتفق وان لم يكن هو المعنى الحقيقي فلا دليل على كفايته ان لم يقم
الاجماع على عدمها فانه كما ترى انتهى ولا يخفى ما فيه من وقع النظر اما الاول فهو
ما ذكره من كون تقديم اشتريت مثل تقديم قبلت وكون الجميع خلاف المتعارف وقد تقدم
تفصيله فلا نعيد واما الثاني ففيما ذكره من ان محل النزاع انما هو تقديم القبول
حقيقة على الايجاب حقيقة لا جعل المشتري موجبا باعتبار من الاعتبارات وجعل
البايع قابلا كذلك وبنى عليه وجوها من الايرادات على المصنف ره لانك قد عرفت ان القبول
حقيقة ليس الا ما لحق الايجاب سواء كان مطاوعة له ام لا وعرفت ان الكلام انما هو في قبول
العقد الذي هو ركن فيه وهذا مما لا يعقل تقدمه وليس قابلا الا من ينازع فيه
اعيان الفقهاء قديما وحديثا ومن الغريب اقحام قوله ومن المعلوم ان الحروف مما لا دخل
لها في ذلك مع انه لم يتوهم احد ان الفرق بين ذلك الاعتبار ولا اشعر به قوله اتفق ولا
وقع في كلامه ما هو مبني عليه وانما ذكر المصنف ره الفرق بحسب المعنى كما عرفت واغرب
منه انه ادعى ان المانع من التقديم هو المشترك بين جميع الفاظ القبول وفرع عليه
ان الفرق بين قبلت وغيره تحكم فليت شعري كيف لا يكون دعواه ان المانع
من التقديم هو المشترك بين الجميع تحكما ويكون تفرقة المصنف ره وفاقا لجماعة من
الاعيان تحكما مع اعترافه بان اكثرهم قالوا ان محل النزاع انما هو غير قبلت وهو يدل
على ان المانع ليس هو المشترك وان بحثهم عن تقديم ما يقع قبولا في العقد بحسب مصطلح

اهل العرف وان كان لمانع اشتمالهما الا وبعضا على معنى مانع غير معنى القبول فالقبول
جامع بينهما في العنوان لانه علة للحكم والا فالقبول الذي هو المعتبر في العقد كما عندهم
لا يعقل تقديمه ولا اقل من قيام هذا الاحتمال المؤيد بعدم قابلية القبول بوصف
كونه قبولا للتقديم عقلا فيكون دعواه ان محل البحث انما هو عنوان القبول تحكما خروجه
انه ليس باولى مما ذكرناه من الاحتمال واما الثالث فهو انه جعل من قبيل المحكم ما اذا
المصرح في ان لفظة قبلت غير صالحة للتقدم لانه انما ملك المثمن بالثمن فلا يصح تقديمها
عليه بخلاف اشتريت وذلك لان ما افاده لا يتوقف الا على مجرد التنبيه الا ان مجرد الالتفات
الى مفاهيم الالفاظ الجارية في القبول يكفي في الارشاد الى الفرق بينها على ما ذكره واما
الرابع فهو انه فرع على الفرق الذي افاده المصرح على تقدير تماميته ان يكون تقديم
اشتريت خارجا عن محل النزاع وانما الخارج عن محل النزاع ما كان بديهيا مطلقا او عند العلماء
خاصة وما ذكره في شان اشتريت واخواته ليس من البديهي عندهم ولا عند غيرهم
وهذا بخلاف عدم صحة تقديم القبول المتعلق بايجاب خاص بحيث يكون مطاوعا
عليه فانه من الحكم العقلي البديهي عند العلماء قولكم لان القبول في الحقيقة ما لا يمكن
الابتداء به ولفظ اشتريت يجوز الابتداء به فظهر من هذا وجه كون الاصل في القبول
قبلت وسقط بذلك ما ذكره بعض الاواخر من انا لم نفهم وجها لعدم كون الاصل في
القبول هو قبلت فتدبر قولكم والحاصل ان المصرح بذلك فيما وجدت من القدماء
الحلبي وابن حمزة اشار بقوله ذلك الى المنع من تقديم مثل اشتريت المذكور في كلام وقال
في السرائر فبيع الخيار على ثلثة اضرب احدها ان يعقد العقد بالايجاب والقبول
ويكون الايجاب مقدما على القبول فان كان القبول متقدما على الايجاب فالبيع غير
صحيح فاذا عقداه بالايجاب والقبول بعده فيثبت لهما الخيار ما لم يفترقا بابدانهما هذا
ما اهمنا من كلام [illegible] وقال في الوسيلة عند ما يحتاج اليه البيع في صحته التاسع تقدم

قبلت
الايجاب على القبول انتهى ما اردنا ذكره من كلام [illegible] قولكم واما ما لا اثر في قبوله الا
او ما تضمنه كارتهنت فنقول ان جواز تقديم القبول فيه اذ لا التزام في قبوله لشيء كما
في قبول البيع التزاما ينقل ماله الى البايع بمعنى انه لو كان في قبوله التزام لشيء كما في البيع لم يكن
تقديم مجرد ما اشتمل على القبول مفيدا للالتزام بذلك الشيء وان كان عند تاخره مفيدا الالتزام
به فكان يلزم فيه عند تقديم القبول فوات الالتزام على ما كان يلزم الالتزام به بخلاف
ما ليس في قبوله التزام لشيء فان تقديمه لا يستلزم فوات الالتزام على ما كان يلزم الالتزام
به قولكم فتقديم القبول على الايجاب لا يكون الا في القسم الثاني من كلامه
القسمين فالثاني في القسم الاول هو الالتزام المماثل للالتزام الحاصل من الموجب
كالاشتراء والثاني في القسم الثاني هو ما لا تضمنه فيه اعتبار ازيد من الرضا بالايجاب كالوكالة
والعارية وشبههما والاول في القسم الاول هو الالتزام المماثل للالتزام الحاصل من
الموجب كالمصالحة والاول في القسم الثاني ما يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان
والاتهاب والاقتراض والسر في عدم جواز التقديم في الاول من الاخير هو انه
لما كان التزام القابل مماثلا فلا يستعمل في قبوله الا قبلت او رضيت كما في الصلح فانه لا يقول
القابل صالحت بعد قول الموجب صالحت وقد عرفت ان القبول الذي هو ركن
في العقد لا يتقدم لانه تابع وفي الثاني منهما هو انه يتضمن المطاوعة فلا يعقل تقدم
لامتناع معنى المطاوعة هذا واورد عليه بعض المعاصرين بقوله وفيه ان الذي يقتضيه
التدبر في النصوص وكلام الاصحاب انه لا يعتبر في القبول في جميع العقود ازيد من
انشاء الرضا بالايجاب وان ذلك هو المقصود من قبلت وارتهنت ونحوهما
وح فلا مانع عقلا من التقديم في الجميع وان كانت عادة التوقيف قاضية بالمنع منه
في الجميع الا مع عدم ثبوت المخرج عنها كما نظهر مما مر فلاحظ وتدبر انتهى واورد
عليه [illegible] بعض من ناص بان التفصيل المذكور مخالف للاجماع اذ لم يقل به احد فيما

وجد ثانيا مضافا الى المثال الذى تسمعه من كلام العلامة في القواعد من صحة تقديم القبول في
الرهن بلفظ ارتهنت وهو مناف للتفصيل الذى ذكره المصنف ره على وجه يظهر منه ان
مراد الفقهاء ذلك قال في عد ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد فقدم الحق ان
اشكال بناء على جواز اشتراطه في العقد فتشركه في متنه الكد ومن توقف الرهن
على تمامية الملك لكن تقديم السبب فيقول بعتك هذا العبد بالف وارتهنت الدار
بها فيقول اشتريت ورهنت ولو قدم الارتهان لم يصح انتهى ومثله كلامه في التذكرة
قال فيها يصح عقد الرهن بعد ثبوت الحق في الذمة وتقريره اجماعا لانه دين ثابت
وتدعو الحاجة الى اخذ الوثيقة فجاز اخذها كالضمان ولقوله تعالى فرهان مقبوضة
جعله بدلا عن الكتابة فيكون في محلها ومحلها بعد وجوب الحق لقوله تعالى اذا
تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه فجعله جزاء للمداينة مذكورا بعدها بفاء التعقيب
اما لو قارنه واشترط الرهن بسبب ثبوت الدين مثل ان يقول بعتك هذا العبد بالف
وارتهنت هذا الثوب به فقال المشترى اشتريت او رهنت او قال اقرضتك
هذه الدراهم وارتهنت بها دارك فالاقرب الجواز انتهى وبذلك اعترض المسئلة
في ضمن مثال الطلاق لا يليق بشأنه لان المعهود هو فرضها في ضمن مثال صحيح لا كلام فيه
الا من جهة النزاع في المبحث وهذا بعيد من الامثلة اذا كانت من موارد الخلاف
من جهة اخرى تعرضهم على القول بكذا وكذا وهذا غير ما تقرر عندهم في سوق الكلام
لجهة حيث انه لا يشوبها جهة اخرى لا في ذلك في الاحكام واين هو من الامثلة
والفروض افلو كان ان كنت قد بلغت من مقصد المصنف ره فاصفه وملكت ناصيته
علمنا ان مشيئاتهما على الانجم عليه ره اما الاول فلان المصنف ره انما يقول بان الرضا
بالايجاب كاف لكن نقول انه لا يتحقق مع العقد الا بان يكون الرضا بالايجاب
على وجه الفعلية ونقل القابل ماله الى الموجب على وجه العوضية بالفعل وهذا مما

لا يليق

لا يليق للارتياب فيه خصوصا بعد التنبيه فلا وجه لمقابلته بما حاصله الاعتراض في النقل محى
عن ادراك المقاصد على وجوهها واما الثانى فلانه ره بصدد تحقيق المقام والاعتراض على
العالم المصنف بمخالفة مقالته لمقالة عالم آخر مما لا يخفى شناعته عند العلماء فنقول
من جملة شروط العقد الموالاة بين ايجابه وقبوله فو كيف لا ومن جملة
شروط العقد الموالاة بين ايجابه وقبوله وقد يعبر عنها بالفورية في كلام بعضهم كالسيد
ذكره الشيخ ره في ط في باب الخلع لم يذكره اعتبارها على وجه القضية الكلية
السارية في سائر العقود وانما ذكره بالنسبة الى خصوص الخلع فالمرة اذا طلقها بالف
او على الف فقد طلقها طلاقا بعوض الف ويقتضى ان يكون جوابه على الفور فان
تراخى لم يصح ان يطلقها على ما طلبتا فان طلق كان ابتداء طلاق من جهته ويكون رجعيا
اللهم الا ان يتفق فيقول انما طلقتك على الف في ان ضمنت ذلك على الفور
وقع على الطلاق بائنا واستحق العوض واى عوض يستحق قيل فيه قولان احدهما
مهر المثل على الكل واحدة منهما ويسقط المسمى والثانى يجب المسمى يقسط ذلك
على مهر المثل لكل واحدة منهما فياخذ منهما بالحصة من مهر مثلها وهكذا انتهى
وقال في مسائل الدعاوى فان قال لها طلبت منى طلقة بالف فاجبتك في
طلقتك بها على الفور جوابا لما طلبت فالجواب الطلاق واقع الرجعة ساقطة
والالف لى عليك فقالت ما طلقتنى جوابا لكلامى بل سكت حتى انقضت مدة
الجواب وطلقتنى بعد ذلك فالطلاق رجعى ولا ملك لك على فالقول قولها
لان تحقق الكلام طلقتك بعوض فقالت لا بعوض فيكون القول قولها
انتهى وذكر في موضع متعدد من الطلاق المشروط فصل فيها بين وقوع الجواب
فورا وعدمه بالصحة في الاول والبطلان في الثانى على مذهب العامة وحكم بالبطلان
من جهة كون الطلاق مشروطا على وجه يظهر منه تفريعه على اعتبار الفورية فو كيف لا ثم

ذلك لانه يسقط كلامه هذا الاذرعى
[illegible] وان لم يذكر فيها انه طلقها بالالف على الفور ح
[illegible]

العلامة قده الذي عثرت عليه من كلامه قده انما هو قوله قده في عدة كتاب الخلع ولو قالت
طلقني بالف فالجواب على الفور فان اخر فالطلاق رجعي ولا عوض انتهى قوله سره
والشهيد الذي وقفت عليه من كلام الشهيد قده ما عدا عبارة القواعد التي حكاها المحقق
انما هو ما ذكره في الدروس في عداد شرائط الوقف من قوله وربعها القبول المقارن
للايجاب اذا كان على من يمكن فيه القبول انتهى ومن كلام الشهيد الثاني قده ما ذكره
في كتاب الوقف من الروضة بقوله وقيل يشترط القبول ان كان الوقف على من
يمكن في حقه القبول وهو جيد وبذلك يخرج باب العقود لان ادخال شيء في ملك
الغير يتوقف على رضاه وللشك في تمام السبب بدونه فعلى هذا يعتبر فيه
ما يعتبر في العقود اللازمة من اتصاله بالايجاب عادة ووقوعه بالعربية وغيرها انتهى
وله كلام اخر في كتاب الخلع مخصوص به فلكس والمحقق الثاني ره قال في شرح
قول العلامة ره في بيع القواعد ولا بد من صيغة الماضي في اللفظ ويشترط وقوع
القبول على الفور عادة من غير ان يتخلل بينهما كلام اجنبي انتهى وقال في كتاب النكاح
وكذا يشترط اتحاد مجلس الايجاب والقبول فلو تعدد المجلس كما لو قالت
الزوجة زوجت نفسي من فلان وهو غايب فبلغه الخبر فقبل لم يصح قطعا
لان العقود اللازمة لا بد فيها من وقوع القبول على الفور عادة بحيث يعد جوابا
للايجاب وكذا لو تخلل بينهما كلام اجنبي انتهى فلكس وما ذكره حسن لو كان
حكم الملك واللزوم في المعاملة منوطا بصدق البيع عرفا كما هو مقتضى التمسك
باية الوفاء بالعقود وباطلاق كلمات الاصحاب في اعتبار العقد في اللزوم بل الملك اما
لو كان منوطا بصدق البيع او التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد قوله
الدليل على اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول في البيع وساير العقود اللازمة
لا يخ اما ان يكون هو قاعدة توقيفية الفاظ العقود كما وقع ذكرها في كلام [illegible]

وغيره

وغيره وقد عرفت سابقا انظارها واما ان يكون هو عدم صدق العقد على ما انفصل قبوله عن
ايجابه وهذا يتجه عليه انه ان كان الاتصال ماخوذا في مفهوم العقد لزم اعتباره في العقود
الجائزة ايضا لكون الصنفين مندرجين تحت عنوان العقد المفروض اعتبار الاتصال
في مفهومه على مذاق المستدل ولم يعتبر فيها احد فعلى هذا لو قال الموكل وكلتك وقال
المخاطب بعد سنة للموكل قبلت تلك الوكالة الصادرة منك قبل سنة صح وهذا
من باب المثال وقس عليه ساير احوال العقود الجائزة فان امرها مبني على التوسعة ولا
يعتبر فيها ما يعتبر في العقود اللازمة ولهذا قال الشهيد الثاني ره في اول كتاب
الوديعة من الروضة وكيف كان لا يجب مقارنة القبول للايجاب قولا كان او فعلا انتهى
ولذلك اكتفوا في وقوع العقود الجائزة بالفعل ايضا كما هو المقرر في كلمات الاصحاب
فلم يحصل في المقام دليل على اعتبار الموالاة على وجه يصح الاستناد اليه فلا بد من الرجوع
الى الاصل فالتحقيق ح ان يقال لا يخ اما ان نقول باجمال ما يوجب الوفاء من العقود
من جهة انصرافها الى العقود المتعارفة التي لم يعلم حالها عندنا او من جهة اخرى مثل
لزوم تخصيص الاكثر مثلا كما تقدم الكلام في وجه الاجمال تفصيلا وح فلا بد من
الرجوع الى الاصل الذي هو اصالة عدم سببية العقد المشكوك في صحته من
جهة فوات وصف الموالاة لاثره المقصود منه واما ان لا نقول باجمالها ولا نقول
لا ريب في تطرق الوهن اليها من جهة كثرة التخصيص وعدم استناد الاصحاب
اليها في جميع مواردها التي يصح الاستناد اليها بحسب مفهومها فلا بد في التمسك بها
في شيء من الموارد من عدم اعراض الاصحاب عنها في ذلك المورد وقد اعرضوا عن
التمسك بها في الحكم بصحة العقد الفاقد للموالاة بين الايجاب والقبول ولا اقل لنا
من التوقف في الاستناد اليها فيلزم الرجوع الى الاصل ومقتضاه عدم سببية العقد
الذي وقع فيه الفصل لاثره ولازمه الجريان على مقتضى اشتراط الموالاة فنرجع بعض الكلام [illegible]

[illegible] العقد [illegible] فتدبر [illegible] المتفاصل [illegible] الفارسي [illegible] فلا ان [illegible] الطرفين [illegible] دام ظله العالي

ومن هنا [illegible] العقد على [illegible] الفضلاء [illegible] الشهيد الثاني [illegible] العقد [illegible] الفصل [illegible] الفضل [illegible] الانتصاف [illegible] العقود [illegible]

فيما اورده على المصرة على الشهيد ره من ان الملك واللزوم في البيع اذا لم يكونا منوطين بصدق
البيع والتجارة عن تراض لم يتوجه الاعتبار الى الصدق فيما بدونه الخ فنقول
قد اعترضه بعض من تاخر بان البيع على قسمين احدهما ما تحقق بالفعل كالمعاطاة
وثانيهما ما تحقق باللفظ واجرى حكم اللزوم على ما تحقق باللفظ انما هو لـ
اندراجه تحت عنوان العقد ومع فرض عدم صدقه كما هو مقتضى كلامه لا مجال
لجريان قوله تعالى احل الله البيع وقوله تعالى تجارة عن تراض لان سبب عروض اللزوم
للبيع بالصيغة انما هو كونه عقدا لا مجرد كونه بيعا والا لزم صحة التمسك بهما في الصحة
واللزوم عند اختلال شرائط العقدية مع صدق اسم البيع كما في البيع الفاسد
المستند فساده الى ما يخرجه عن العقد مع صدق اسم البيع كما لو اوقع العقد بلفظ
لا يفهمه مخاطبه وليس مما استعمل في البيع في تلك اللغة فانه لعدم صدق العقد
عليه حتى لا يصح الحكم بلزومه فتحصل من ذلك انه مع عدم صدق العقد لا ينفك مجرد
صدق اسم البيع والتجارة عليه ترتب اللزوم فان قلت ان ما ذكره المصرة من
التمسك بقوله تعالى احل الله البيع وقوله تعالى تجارة عن تراض مبني على مذهبه الذي
فرعه سابقا في ذيل الكلام على تقديم القبول بلفظ الامر بقوله ثم ان هذا كله بناء
على المذهب المشهور بين الاصحاب من عدم كفاية مطلق اللفظ في اللزوم و
عدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك واما على ما قويناه سابقا في مسئلة
المعاطاة من ان البيع العرفي موجب للملك وان الاصل في الملك اللزوم
فاللازم الحكم باللزوم في كل مورد لم يقم اجماع على عدم اللزوم وهو ما اذا
خلت المعاملة عن الانشاء باللفظ راسا او كان باللفظ المنشى به المعاملة كما
قام الاجماع على عدم افادتها اللزوم واما في غير ذلك فالاصل اللزوم وعلى هذا
فالبيع المنفصل قبوله عن ايجابه وان لم يصدق عليه انه عقد لكن يصدق عليه اسم

البيع

البيع والتجارة الواقعة عن تراض فيلزم الحكم باللزوم والحاصل ان مراد المصرة هو الاعتراض
على الشهيد ره بانه ان لم يصح صدق العقد على ما ذهب ره فصدق البيع والتجارة عن تراض على
ما هو المحقق يكفي قلت اولا انه بصدد بيان نظر بعض الاصحاب وثانيا انه لا ينافي الحال
بذلك فهل ترى انه على تقدير القول بكفاية كل لفظ في عقد البيع كما يراه المحقق الاردبيلي
ليس هناك عقد فاسد وانه لا مورد عنده لقولهم انه يحرم التصرف في المقبوض بالبيع
الفاسد وانه لا محل عنده لقولهم كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده فنحن نقول ان ما كان
قد انتفى فيه شرط من الشرائط فاسد فان كان من الشروط التي بها قوام صدق اسم البيع
الخ كان خارجا عن مورد النقض سواء قلنا بقول الاكثر من عدم كفاية مطلق اللفظ
وان كان من الشروط المتعلقة بتصيير اللفظ عقدا كافادته فلا ينتفي صدق العقد مع
بقاء صدق البيع كان ذلك مورد النقض ومعلوم ان النقض باق حتى الخ وانا
اقول لا دفع لاصل الاعتراض كما لا دفع للسؤال ولا للجواب اما الاول فلان المص ره
هنا افاد ان حكمي الملك واللزوم ليسا منوطين بالعقد حتى ينتفيا بانتفاء صدقه وانتفاء
جريان اية وجوب الوفاء بالعقود لحصولهما من غيرها فان الملك يحصل من قوله تعالى احل
الله البيع الخ وبعبارة اخرى صحة البيع تستفاد من هذه الاية واللزوم يحصل
قوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل اما ان صحة البيع تستفاد من الاية الاولى
فواضح وهذا المقدار يكفي في هذا المقام لان الكلام هنا انما هو في كون الموالاة شرطا
في صحة العقد لا في كونها شرطا في اللزوم بعد احراز الصحة فصدق البيع على ما وقع
الفصل بين ايجابه وقبوله يكفي في الحكم بالصحة بدلالة قوله تعالى احل الله البيع وان لم يكن عقدا
العقد واما ان اللزوم يستفاد من الاية الثانية فلما بينه في الوجه الثامن على ان
الاصل في الملك اللزوم تشبثا بما نسب الى المفيد ره من افادة المعاطاة الملك اللازم
حيث قال وعلى الاستدلال الخ بقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الخ ومحصل ما ذكره

هناك هو انه بعد فرض ان المال قد انتقل الى المشتري فرجوع البايع اليه ليس تجارة عن
تراض وقد قضت الاية بحصر الرخصة فيما كان تجارة عن تراض فهو خارج عن الرخصة
فيه فيكون حراما هذا اذا اريد تقريب الاستدلال بالمستثنى المنضم الى ما قبله
على التمسك ايضا بالجملة المستثنى منها كما ذكره هناك حيث ان اكل الاموال كلها وتصرف
بالباطل عرفا فراجع فقد علم من ذلك ان كلا من الصحة واللزوم ليس منوطا بصدق
العقد بل هناك ما يفيد الاول كما ان هناك ما يفيد الثاني فقد حصل اللزوم
مع عدم صدق العقد كما هو مذهب الشهيد قده من كونه عبارة عن الايجاب والقبول اللذين
لم يقع بينهما فصل وقد عرفت ان اللزوم انما يصير حكما للبيع بواسطة صدق عنوان
العقد ممنوعة واما ما اورده عليه من النقض فيندفع بانه مع انتفاء شرط العقدية
لا يخلو اما ان يحصل العلم بفساد البيع او يحصل العلم بعدم فساده او يشك فعلى الاخير
يجب الرجوع الى الاطلاق وما دل على حل البيع وما دل على الرخصة في التجارة عن تراض ولا يلزم
منه اشكال وعلى الاول لا ملازمة بين الرجوع الى الاطلاقات وبين كونه سببا عن وجه
اللزوم هو كونه بيعا لان اللزوم انما يثبت للبيع الصحيح دون معلوم الفساد اذ لا يبقى
للتمسك بمثل احل الله البيع وتجارة عن تراض محل بعد العلم بفساده لانتفاء شيء
مما علم شرطيته وان شئت قلت ان اريد انه يلزم التمسك بقوله تعالى احل الله البيع وتجارة
عن تراض فيما اذا علم عدم فساد البيع او شك فيه فبطلان اللازم ممنوع وان اريد انه
يلزم التمسك بهما فيما اذا علم فساد البيع فالملازمة ممنوعة واما الثاني فلان محصل ايراد
المصنف قده على الشهيد قده على ما ذكره في السؤال يؤول الى ان المصنف قده يقول ان العقد ان لم
يصدق على الايجاب والقبول المنفصلين عند الشهيد قده فالبيع او التجارة عن تراض
صادق عنده وذلك يكفي في الحكم بالصحة او اللزوم والايراد على العلماء بفتوى المورد
مما لا وجه له بل اللازم في مقام الايراد الزام صاحب المقالة بما هو مسلم عنده او عند خصمه

الدليل

الدليل المعتبر ومراد المصنف قده من ان العقد وان كان من قبيل المشتمل على اجزاء مترتبة فلا بد
في صدقه من التوالي عرفا الا ان البيع او التجارة عن تراض ليس من قبيل ما اشتمل على
اجزاء مترتبة حتى يعتبر في تحققه وصدق اسمه توالي اجزائه وهذا امر واضح لا مجال
لتوجه الايراد عليه من الشهيد قده او غيره فان قلت ان الشهيد قده قد فسر البيع بالايجاب
والقبول الدالين على نقل الملك فيعود البيع من قبيل المؤلف من اجزاء مترتبة فيجري
فيه ما يجري في العقد بعينه قلت مع ان ذلك لا يجري في قوله تعالى تجارة عن تراض
من جهة ان التجارة عبارة عما ينبغي التعبير عنه باسم المصدر بل هي اسم مصدر كما في المصباح
حيث قال تجر تجرا من باب قتل والتجر والاسم التجارة انتهى ومن جعله مصدرا فسره
بانتقال شيء مملوك من شخص الى اخر بعوض مقدر على جهة التراضي كما في المجمع فيه ان الظاهر ٢ الى
ان مراد الشهيد قده من تفسير البيع بالايجاب والقبول انما هو بيان المصطلح الفقهاء
ولم يرد القرآن الا على طبق العرف العام ومن ذلك قالوا ان مثل لفظ البيع في قوله تعالى
احل الله البيع ومثل قوله تعالى وذروا البيع والتجارة ومثل قوله تعالى لا تلهيهم تجارة
ولا بيع عن ذكر الله انما يراد به المعاملة الخاصة وهي الحاصلة من الايجاب والقبول
او زيادة ما حصل من التعاطي على مذهب من يقول بكون المعاطاة بيعا واما الثالث
فلما علم مما بيناه في دفع الايراد بالنقض في ذيل الاول [illegible] ثم ان المتبادر من الموالاة
موكول الى العرف كما في الصلاة والقراءة والاذان ونحوها وفي الجواهر ان القطع ولما
الاتصال فعن جماعة منهم الفاضل في النهاية والشهيد والمقداد والمحقق الكركي انه
يشترط ان لا يتاخر القبول بحيث لا يعد جوابا وان لا يضر ان يتخلل نفس او سعال
ثم قال قلت المدار في هذه الموالاة على العرف فانه الحافظ للهيئة المتعارفة سابقا
في العقد الذي نزلت الاية عليه فان الظاهر عدم تغيرها انتهى ولا فرق ظاهرا
بين ما ذكره في ذيل قوله قلت وبين ما ذكره لان قولهم بحيث يعد جوابا اليس معناه الا

ان اهل العرف يعدونه جوابا وان قولهم ولا يضر وان تنفس او سعال هو باب المثال
الا ان يقال ان الكلام الاخير لم يكن عليه تخيص الصغرى وان ما زاد على اوان التنفس او السعال
مانع من عد القبول جوابا اذا وقع بينه وبين الايجاب ولما كان هذا المعنى غير مرضي عند صاحب
الجواهر قده من جهة ان دائرة الاتصال عند اهل العرف اوسع من ذلك عقبه بقوله قلت اه
قولك ولعل هذا هو الاقوى للرواية يعني ان لزوم الفصل الطويل بين الايجاب
والقبول لو قيل بان قول الصحابي زوجنيها قبول مقدم بلفظ الامر قد اكتفي به في
العقد ولم يقع قبول هو الاقوى لها في الاستدلال بها على ما رامه الاستدلال بها عليه
من جواز الاكتفاء به فقد علم ان مصير الاكثر الى خلافه مضي هو الاقوى كما اشار اليه في
مسئلة تقديم القبول على الايجاب قبل رد الاستدلال بها بقوله واما ما نظهر من
الاتفاق هنا يعني تقديم القبول بلفظ الامر على الصحة به فموهون بما ستعرف من
مصير الاكثر ولما اشار اليه في مسئلة اشتراط الماضوية بقوله المشهور كما عن غير واحد
اشتراط الماضوية وفي بعد ما ذكره في ذلك في كتاب النكاح بقوله المشهور بين علمائنا
خصوصا المتاخرين منهم انه يشترط في عقد النكاح وغيره من العقود اللازمة وقوعه
بلفظ الماضي ولما ان ما ذكره انما هو من انه لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلة
نقل في الحال للدرهم الى البايع من هنا الى آه وهذا وان كان قد ذكره بالنسبة
الى خصوص البيع لكن لا فرق بينه وبين غيره من العقود وليس غرضه اختصاص
قبول البيع بذلك وعلى هذا البيان تصير الرواية مخالفة للقواعد الشرعية التي مقتضاها
عدم صحة العقد الا بايجاب وقبول متعلق بذلك الايجاب مطابق له ولا شبهة
ان هناك امرين اخرين هما اقرب من قبيل الموهن احدهما ضعف الدلالة وقد اشار
عنده الى الرواية سابقا والاخر ضعف السند وقد اشار اليه بالتعبير بالرواية دون
الصحيحة او الموثقة او نحوهما اذ لا يخفى ما في التعبير من قصور الدلالة والسند بالمعنى

الوهن

الوهن مضافا الى ان الشهيد الثاني ره وصف الخبر المذكور في المسالك بانه مشهور بين العامة و
الخاصة وانه رواه كل منهما في الصحيح وقد عرفت سابقا ان بعضا رواه موصوفة بالصحة
تنبيهات الاول انه اعتبر العلامة ره في صحة العقد وقوعه في مجلس واحد قال في التذكرة
انما يصح العقد اذا اصدر في مجلس واحد ولم يتشاغلا بغيره وان تراخى احدهما عن الاخر
اذ على الجواب جوابا للايجاب لان حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل القبض فيما شرط فيه القبض
وثبوت الخيار في البيع فان تفرقا قبل القبول بطل الايجاب ولانه لم يوجد معناه لان الاعراض
قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا وكذا لو تشاغلا عنه بما قطعه لانه اثر معرض عن
العقد بالاشتغال عن قبوله انتهى ومعلوم ان الحصر يحصل من قضيتين موجبة و
سالبة وان قوله لان حكم المجلس حكم حالة العقد تعليل للقضية الموجبة التي هي صحة العقد اذا
وقع الايجاب والقبول في مجلس واحد ولا يخفى ما فيه لوضوح توجه المنع من كون
حكم المجلس حكم حالة العقد والاستدلال عليه بصحة القبض في المجلس غير واف بالدلالة
على المطلوب بعض وجه انه يقطع الكلام ما لا يقطع غيره الا انه اذا طال الفصل بين الايجاب و
القبول في مجلس واحد بحيث لا يعد القبول قبولا لذلك الايجاب بطل العقد كما اعترف
به هو ره في كتاب النكاح من القواعد مضافا الى ان حكم القبض من قبيل التعبد وقد عرفت انا في
بقياس لا نقول به وفي القواعد تفريعا على اشتراط اتحاد المجلس فلو قال زوجت بنتي
من فلان وهو غايب فبلغه فقبل لم ينعقد وفي التذكرة انه لو خاطب غائبا بالبيع فقال
زوجتك ابنتي ثم كتب فبلغه الكتاب او لم يبلغه وبلغه الخبر فقال قبلت نكاحها بطل
لتراخي القبول عن الايجاب انتهى وهذا التعليل انما هو للقضية السالبة التي هي عدم صحة
العقد اذا وقع لا في مجلس واحد والتحقيق ان النسبة بين تعدد المجلس وتراخي
القبول عن الايجاب هي العموم من وجه اذ قد يجتمعان وقد يفترق تراخي القبول مع عدم
تعدد المجلس وقد يفترق تعدد المجلس مع عدم التراخي كما لو قال زوجتك

من زيد فدخل البيت وقبل بدون تراخ ومهلة فعلم ان التعليل المذكور ليس صالحا للاطراد
في جميع الصور فان منها ما لا يجري فيه كالفرض الاخير فلا بد من الاستدلال عليه
عن قاعدة التخاطب وقد علم من سياق كلماته المذكورة وما حررناه في ذيلها ان مراده
باتحاد مجلس العقد وتعدده انما هو اتحاده وتعدده بحسب الزمان واما تعدد المجلس بحسب
المكان فان كان منهما البين موجبا لخروج العقد عن قاعدة التخاطب كالبيتين المتقابلين
في دار يغلق في احدهما الموجب وفي الاخر القابل او البيتين المفصول بينهما بجدار مانع الاخر ح
من الرؤية غير مانع عن التخاطب بحيث يسمع كل من المتخاطبين منطوق صوت صاحبه
الاخر من دون حاجة الى اعلائه عن الحد المتعارف فلا اشكال في صحة العقد معتبرا
على قاعدة التخاطب ولا مانع سواه وما كان موجبا لخروجها عنها قطعا حكم ببطلانه
وما شك في صدق اسم العقد وانطباق مفهومه عليه حكم بفساده للاصل المقتضي
لعدم انتقال المال عن ملك مالكه الحقيقي ولو فرض انه لا شك في الصحة لصدق
اسم العقد لان المرجع هو عموم ادلة وجوب الوفاء اذ كان المورد مما لم يعرض
عنه الاصحاب فيه فقد نسب الشافعي انه قال العلامة ره في التذكرة انه اذا اوجب الولي
او المرأة عقد النكاح ثم زال عقله باغماء او جنون او مرض بطل ايجابه ولم يكن للزوج
القبول وبه قال الشافعي واحمد لان الايجاب جائز من جهته لا يؤول الى اللزوم
لان الايجاب لا يكون دون القبول لازما كالعقد الجائز في البيع اذا اغمي عليه وفي الخيار
عند الشافعية فان العقد يؤول الى اللزوم بانقضاء المدة والوجه عدم الفرق في
بطلان العقد وكذا اذا استدعى الزوج النكاح ثم اغمي عليه قبل الايجاب بطل الاستدعاء
الممنوع لا تاثير للايجاب بعد ذلك وان زال العارض وكذا في القبول ولو زال
عقله بنوم ثم استيقظ لم يبطل حكم الايجاب ان لم يحصل الفصل بطول الزمان
لانه لا يبطل العقود الجائزة وكذا هنا ولو طال الزمان حتى حصل فاصل بين الايجاب

والقبول

والقبول لم يصح انتهى واعلم ان هذه المسئلة يمكن تقريرها بوجوه احدها ان الامور المذكورة
اذا حصلت بعد الايجاب ووقع القبول في حال بقائها فان ذلك مبطل للعقد وهذا
مما لا اشكال فيه لانه بزوال عقله حينئذ خرج عن ان يصح توجيه الخطاب اليه فيبقى الخطاب
بالقبول ليس له محل يتوجه اليه فيخرج العقد عن قاعدة التخاطب ثانيها ان الامور
المذكورة اذا حصلت لم يصح وقوع القبول بعدها والحال انها توجب وقوع الفصل
الطويل بين الايجاب والقبول المستلزم لفوات الموالاة المعتبرة وهذا انما يعقل بعد فرض
كون الامور المذكورة موجبة لفوات الموالاة المعتبرة حتى انه راجع الى مسئلة اعتبار
الموالاة لكن على تقدير كون مفروض البحث بهذا الوجه يخرج عنه ما لو كانت الامور المذكورة
قد زالت بالسرعة مما لا يكون موجبا لفوات الموالاة فلا يكون حينئذ موجبة لبطلان العقد ان
تعقب الايجاب القبول ثالثها ان الامور المذكورة مبطلة للايجاب من اصله
حتى انها لو زالت بادنى ما يوجب فوات الموالاة لم يؤثر القبول في انعقاد العقد
مع لحوقه للايجاب بغير تراخ ومهلة وهذا يحتاج الى دليل وقياس ما نحن فيه على
العقود الجائزة ساقط عندنا ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز
في العقد قوليا ومصرح بذلك الشيخ والحلي والعلامة وجميع من تاخر عنه
كالشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم قدس الله اسرارهم قال في كتاب الوقف من
السرائر وشيخنا ابو جعفر ره ذهب الى ان دخول الشرط في نفس الوقف مبطل له ذكر ذلك
في مبسوطه وفي مسائل خلافه في كتاب البيوع لان عقد الوقف لازم من الطرفين مثل
عقد النكاح انتهى فقد استفيد من التعليل ان كل عقد لازم من الطرفين حكمه التنجيز
وعدم صحة دخول الشرط فيه ولكني لم اجد في اثر الاحكام الوقف وحده وقال العلامة ره
في كتاب النكاح من القواعد ويشترط التنجيز فلو علقه لم يصح وفي كتاب الوقف من
التذكرة يشترط في الوقف التنجيز فلو علقه على شرط او صفة لم يصح مثل ان يقول اذا جاء

[illegible]

زيد فقد وقفت داري او بقول اذا جاء راس الشهر وقفت عبدي لم يصح كما لا يصح تعليق البيع والهبة انتهى وقال في جامع المقاصد يشترط في الوقف امور احدها التنجيز فلو علق بشرط او صفة مثلا ان يقول اذا جاء زيد فقد وقفت داري واذا جاء راس الشهر وقفت عبدي لم يصح لعدم الجزم به كما لا يصح تعليق البيع والهبة ثم قال واستثنى في التحرير ما اذا كان المعلق عليه واقعا والواقف عالم بوقوعه كقوله وقفت ان كان اليوم الجمعة ثم قال وقد سبق في الوكالة مثل ذلك انتهى وقال في التذكرة عند قول المحقق ره ولو قال وقفت اذا جاء راس الشهر وان قدم زيد لم يصح هذا تفريع على اشتراط التنجيز ويتمشى ذلك على تحقق الاشتراط بتفريعه وبينه بالتكلف على انه لا فرق بين تعليقه بوصف لا بد من وقوعه كمجيء راس الشهر وهو الذي يطلق عليه الصفة وبين تعليقه بما يحتمل الوقوع وعدمه كقدوم زيد وهو المعبر عنه بالشرط واشتراط تنجيزه محل موضع وفاق كالبيع وغيره من العقود وليس عليه دليل بخصوصه انتهى وفي كتاب الوقف من الروضة وشرطه مضافا الى ما سلف التنجيز فلو علقه على شرط او صفة بطل الا ان يكون واقعا والواقف عالما بوقوعه كقوله وقفت ان كان اليوم الجمعة وكذا غيره من العقود انتهى وفي المسالك وكذا غيره من العقود لازمة كانت او جائزة وقد عرفت ان اطلاق الشهيد الثاني ره ان غير الوقف من العقود مثله ولم يصرح بالتعميم بالنسبة الى اللازمة والجائزة وفي البيع والهبة في كلام العلامة ره والمحقق الثاني ره متمكن كونه من باب المثال كالعقد اللازم والجائز ولخصوصية لهما ويؤيد التعميم حكمهم ببطلان الوكالة بالتعليق مع كونها من العقود الجائزة وسياتي في كلام العلامة ره نقلا عن الشافعي انه حكم بعدم صحة تعليق الوكالة على الشرط قياسا على الشركة والمضاربة وساير العقود وفي كلام المحقق الثاني ره الذي نحكيه في مسئلة ان كان لي فقد بعته ما يدل على التعميم

بالنسبة

بالنسبة الى انه يقع على النص والذي يستفاد من التعليل الذي ذكره ابن ادريس ره ان التنجيز وعدم صحة التعليق من احكام العقود اللازمة من الطرفين وقد سمعت وظاهر المحقق الثاني ره في مسئلة اشتراط التنجيز في الوقف الاتفاق عليه اشار بهذا الكلام الى ذيل العبارة التي قدمناها لك انفا من قوله واشتراط تنجيزه محل موضع وفاق كالبيع وغيره من العقود فان ظاهره ان اشتراط التنجيز في البيع وغيره من العقود محل موضع وفاق وقد سمعت حتى ان العلامة ره ادعى الاجماع على ما حكي عنه على عدم صحة ان يقول الموكل انت وكيلي في يوم الجمعة ان تبيع عبدي وعلى صحة قوله انت وكيلي ولا تبع عبدي الا في يوم الجمعة مع كون المقصود واحدا الظاهر ان هذا الكلام مما هو منقول بالمعنى وان المثالين مما فرضهما الحاكي او المصرح به ولم اجد العبارة انا فيما حضرني من كتبه ره وان كان المعنى موجودا قال ره في التذكرة لا يصح عقد الوكالة معلقا بشرط او وصف فان علقت عليهما بطلت مثل ان تقول ان قدم زيد او اذا جاء راس الشهر فقد وكلتك عند علمائنا وهو اظهر مذهبي الشافعي لانه عقد يملك به التصرف في حال الحياة لم يبن على التغليب والسراية فلم يجز تعليقه بشرط كالبيع ولان الشركة والمضاربة وساير العقود لا تقبل التعليق وكذا الوكالة وقال بعض الشافعية وابو حنيفة واحمد يصح تعليقها على الشرط لان النبي ص قال في جيش مؤتة اميركم جعفر فان قتل فزيد بن حارثة فان قتل فعبد الله بن رواحة والتامير في معنى التوكيل ولانه لو قال انت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج او وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح اجماعا ومحل النزاع في معناه والفرق ظاهر بين تنجيز العقد وتعليق التصرف وبين تعليق العقد اذ ثبت هذا فلا خلاف في تنجيز الوكالة وتعليق العقد مثلا ان تقول وكلتك في بيع العبد ولا تبعه الا بعد شهر فهذا صحيح وليس للوكيل ان يخالف انتهى وتبعه في هذا البيان

المحقق الثاني ره في جامع المقاصد الا ان العلامة ره اوضح في دعوى الاتفاق على بطلان
الوكالة المشروطة لانه قال يجب ان تكون الوكالة منجزة عند جميع علمائنا فلو
علقها بشرط وهو ما جاز وقوعه كدخول الدار او صفة وهي ما كان وجوده محققا
كطلوع الشمس لم يصح وذهب جمع من العامة الى جوازها معلقة لان النبي صلى الله عليه وآله قال
في غزاة موتة اميركم جعفر فان قتل فزيد بن حارثة والحديث والناصر في
معنى التوكيل ولانه لو قال انت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج صح اجماعا
وفي كون الناصر توكيلا نظر والفرق بين محل النزاع والمفروض ظاهر لان
المعلق فيه هو التصرف لا التوكيل ولا بحث في جوازه انتهى قوله ره وفرق
بينهما جماعة بعد الاعتراف بان هذا في معنى التعليق اه من جملة الجماعة الشهيد الثاني ره
فانه في ذلك عند قول المحقق ره نعم لو نجز الوكالة وشرط تاخير التصرف جاز كان
تقول وكلتك في كذا ولا تتصرف الا بعد شهر مثلا فانه يجوز بلا خلاف قال في التذكرة
والوجه ان منعه من التصرف في الوقت المعين شرط زايد على اصل الوكالة المنجزة
وهي قابلة للشروط السائغة وهذا وان كان في معنى التعليق الا ان العقود لما
كانت متلقاة من الشارع انيطت بهذه الضوابط وبطلت فيما خرج عنها
وان افادت فائدتها انتهى ومنه يعلم ان المشار اليه بلفظ هذا في كلام المص ره هو
المثال الاخير اعني قوله انت وكيلي ولا تبع عبدي الا في يوم الجمعة قوله ره
وان شرط المشية للجهل بثبوتها حال العقد وبقائها مدته وهو احد قولي
الشافعي واظهرهما عندهم الصحة لان هذه صفة يقتضيها اطلاق العقد لانه لو لم
يشأ لم يشتر اه اقول غرضه ره وهو بيان احد وجهي الحكم بعدم صحة العقد في صورة تعليقه
على مشية المخاطب بان يقول له بعتك ان شئت وحاصله ان التعليق على حقيقة
الحقيقة لا يتحقق عنده بالتعليق على امر موجود حال العقد معلوم للمتكلم فلا بد وان

يكون

يكون المقصود بالتعليق على المشية عن التعليق على المشية الموجودة حال العقد وح
فتصور التعليق على وجهين احدهما ان يكون المراد بقوله ان شئت انه ان وجد
لك مشية بعد كلامي هذا وهذا يتصور فيما لو ابتدأ العاقد بهذا الكلام قبل التفاوض
وحصول العلم منه بما صاحبه والاخر ان يكون المراد به انه ان بقيت مشيتك الحاصلة
الى زمان تحقق القبول وعلى الوجهين يكون المعلق عليه من قبيل الامر الواقع
في المستقبل غاية ما في الباب ان ذلك الامر في الاول وجود المشية وفي الثاني بقاؤها
في وقت القبول وقد اشار المصنف الى وجه بطلان العقد في الاول بقوله للجهل بثبوتها حال العقد
والى وجهه في الثاني بقوله وبقائها مدته ثم ان هذا بيان مختاره اعني العلامة قده
وعقبه ببيان الخلاف في المسئلة فذكر ان اظهر قولي الشافعي عندهم هو الحكم بالصحة
استنادا الى ان المعلق عليه وان كان هو وجود المشية في المستقبل او بقاؤها
فيه وهو المعبر عنه بالصفة وقد تقرر عند الفقهاء ان التعليق على الصفة مفسد
للعاقد الا ان هذه الصفة من قبيل ما يقتضيه العقد وكل معلق عليه هو من قبيل
مقتضى العقد فتعليقه عليه غير قادح في انعقاده حتى لو كان صفة واما قوله
لانه لو لم يشأ لم يشتر فالمراد به الاستدلال على ان المشية من قبيل المعلوم في المستقبل
الذي تقتضيه العقد وبيان انها من مقومات العقد الموقوف عليها لان كل فعل
اختياري انما يتحقق بالمشية وقد علمنا بانه شاء العقد حيث رضي بالايجاب من حيث
انه اقدم على الاشتراء وتعرض للمعاملة ولو لم يشأ ولم يعزم على ايقاعه لم يقدم
على الاشتراء ولم يتعرض للمعاملة فعلم من اقدامه عليه انه يقبله ويرضى به هذا
مع ان الشافعي في هذه المسئلة فيما لو تفاوض المتعاقدان فعلم من المشتري الرضا
السابق بالعقد ولكنه ره اشار الى دفعه بالجهل ببقاء المشية مدة العقد لان
وجود المشية قبل الايجاب لا يستلزم وجودها بعده فلعله ندم واعرض عن عزمه

فكيف يكون المعلق عليه من قبيل المعلوم وجوده قوكسي ومقتضى ذلك ان المعتبر
هو عدم التعليق مبطلا للعقد من جهة منافاته للجزم هو ان المعتبر في العقد هو
عدم التعليق على امر مجهول الحصول فان جعلنا الحكم بابطال التعليق للعقد
دائرا مدار هذه العلة كان اللازم عدم ابطال محقق الوقوع وهو قسمان احدهما
ما هو محقق الوقوع في الحال والاخر ما هو محقق الوقوع في المستقبل وكلاهما
غير مناف للجزم قوكسي كما صرح به المحققة قوكسي كما صرح به المحقق ره في
كتاب الطلاق الصيمري الجرير يعود الى كون المعتبر هو عدم التعليق على امر مجهول
الحصول لا الى انتفاء المفهوم من قوله ره ومقتضى ذلك فان المحققة قوكسي قال
وشرط تجريدها عن الشرط او الصفة في قول مشهور لم اقف فيه على مخالف
منا الى ان قال وتفريع اذا قال انت طالق في هذه الساعة ان كان الطلاق
تقع بك قال الشيخ ره لا تقع لتعليقه على الشرط وهو حسن لانه ان المطلق لا يعلم
اما لو كان المطلق يعلمها على الوصف الذي تقع معه الطلاق فينبغي القول
بالصحة لان ذلك ليس بشرط بل اشبه بالوصف وان كان بلفظ الشرط انتهى
قوكسي وذكر المحقق والشهيد الثانيان في الجامع والمسالك وغيرهما انه لو قال في عقد
بعتك اه قال المحققة في كتاب الوكالة من يع وكل موضع يبطل الشراء للموكل فان
كان سماه عند العقد لم يقع عن احدهما وان لم يكن سماه قضي به على الوكيل في الظاهر
كذا لو انكر الموكل الوكالة لكن ان كان الوكيل مبطلا فالملك له ظاهرا وباطنا وان كان
محقا كان الشراء للموكل باطنا وطريق التخلص ان يقول الموكل ان كان لي فقد بعته
الوكيل فيصح البيع ولا يكون هذا تعليقا للبيع على الشرط ونقاصا وان امتنع
الموكل من البيع جاز ان يستوفي عوض ما اداه الى البائع من موكله من هذه
السلعة ويرد ما يفضل عليه او يرجع بما يفضل له انتهى وقال العلامة ره في عقد الوكالة

ومن امثلته ما لو وكل
في ابتياع شيء ما
في الذمة فاشترى
بالعين او عكسه
منه دام ظله

الاذن

الاذن في شراء الجارية بالفين بطل العقد ان اعترف البايع ان الشراء لغيره او قام عنه والا حلف
على نفي العلم ان ادعاه الوكيل عليه فيغرم الوكيل الثمن للموكل ولا تحل له الجارية لانها مع
الصدق للموكل ومع الكذب للبايع فيشتريها ممن هي له في الباطن فان امتنع رفع الامر الى الحاكم
الى الحاكم ليأمر صاحبها ببيعها برفق وليس له جبره عليه فان قال ان كانت الجارية
لي فقد بعتكها او قال الموكل ان كنت اذنت لك في شرائها بالفين فقد بعتكها فالاقرب
الصحة لانه امر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا وكذا كل شرط علم وجوده فانه
لا يوجب شكا في البيع ولا وقوفه الى اخر ما في السر وقال المحقق الثاني ره في جامع المقاصد
وملخصه ما المصه ره قريب لان التعليق انما ينافي الانشاء في العقود والايقاعات حيث يكون
المعلق عليه مجهول الحصول اما مع العلم بوجوده فلا لانتفاء الشك حينئذ في الانشاء
ولا ريب ان بيع الجارية انما يصح اذا كانت ملكا للبايع فهذا شرط بحسب الواقع
ذكره او لم يذكر فاذا ذكره فقد صرح بالواقع هذا ما اهمنا نقله من كلامه ره وفي ذلك
في شرح قول المحقق ره ولا يكون هذا تعليقا للبيع على الشرط في العبارة المذكورة ره
ما لفظه انما يكون ذلك شرطا مع كونه بصيغته لان الشرط المبطل ما اوجب توقف
العقد على امر يمكن حصوله وعدمه وهذا امر واقع يعلم الموكل حاله فلا يضر جعله
شرطا وكذا القول في كل شرط علم وجوده كقول البايع يوم الجمعة مع علمه بان كان
اليوم الجمعة فقد بعتك كذا ومثله قول منكر التزويج او الوكالة لمعتقد دعوى
الزوجية ان كانت زوجتي فهي طالق ولو اوقع البيع او الطلاق مع عدم تعليق على
الشرط صح ايضا ولم يكن اقرارا بالتوكيل فان المذكور انتهى فتحصل من كلمات
هؤلاء ما ذكره المصنف ره انه لو علق العقد على معلوم الحصول عند ايقاعه لم يقدح في
صحته وان كان التعليل الواقع في كلام بعضهم يقتضي ان يجوز التعليق على ما هو معلوم
الوقوع في المستقبل ايضا الا ان الظاهر ان عدم صحته من المسلمات عندهم قوكسي لكن

الشهيد ره في قواعده ذكر في الكلام المتقدم ان الجزم ينافي التعليق لانه بعرضة عدم الحصول
ولو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف غرضه ره من هذا الاستدراك ان في كلام
الشهيد ره هنا يعطي ان التعليق على مجهول الحصول لما انه قادح كذلك التعليق
معلوم الحصول في المستقبل فهو ملحق بمجهول الحصول فالذي لا يقدح التعليق
عليه انما هو معلوم الحصول في حال العقد ونحو قوله وعلل العلامة ره
في القواعد صحته ان كان لك فقد بعته بانه امر واقع آه يريد بهذا ان هذا الكلام من
العلامة ره موافق لكلام الشهيد ره من جهة حصر التعليق الغير المبطل فيما علم وجود
الامر الذي علق عليه العقد في حاله فيبقى التعليق على ما علم انه يوجد في المستقبل
كالتعليق على مجهول الحصول مفسد للعقد ولا يتوهم ان الشرط لكونه هنا من
معلوم الحصول في حال العقد لاحتمال كذب الوكيل وح لا يكون المال للموكل
لان الحاجة الى هذا العقد بل صحته في نفسه انما هو على تقدير كون الوكيل صادقا
في الواقع واما على تقدير كذب الوكيل في الواقع فلا حاجة الى هذا العقد وليس صحيحا
وانما هو كلام لغو لا اثر له وعدم العلم بالشرط بل العلم بعدمه لا يورث شيئا له
بعد فساد اصل العقد وكونه لغوا بهذا غاية ما يمكن ان يقال في توجيه كلام العلامة ره
وهو بعد موضع نظر لان هناك قسما ثالثا وهو ان يكون البايع شاكا باحتمال
النيابة عند البيع او يكون البايع شخصا ثالثا كما في الفرض الذي ذكره في القواعد
فان بايع الجارية بعشرين غير الوكيل والموكل ومع فرض بطلان البيع راسا تعود الجارية
الى البايع الذي هو غيرهما ولا شك ان الغالب عدم تبين الحال عنده قوله
دعا النقادير فاما ان يكون الشرط مما يكون مصححا للعقد ككون الشيء مما يصح تملكه
شرعا الى قوله واما ان لا يكون كذلك اعلم ان الحاصل من التقسيم هنا ثمانية ومن
جملتها ما لو كان المعلق عليه المعلوم في حال الانشاء ثم اورد على المصنف ره بان تقسيمه

على حرازة من جهة عدم وجود بعض الاقسام وقوله لا يخفى وجود هذا القسم ايضا
ومن امثلته ما لو قال بعتك ان انبت بالقبول بدون فصل مخل بكون القبول
قبولا للايجاب الذي او قعته مع علمه من حال المخاطب بانه يقبل على الوجه
المعتبر شرعا من جهة الاتصال بالايجاب ونحو كعلمه بعادته بطلوع الشمس فلا
قوله ثم التعليق اما مصرح به واما لازم من الكلام آه لا يخفى ان تغيير
اسلوب الكلام يعطي ان ليس مقصوده ضرب القسمين في الاقسام السابقة
بل غرضه مجرد افادة ان الشرط ينقسم الى هذين القسمين في الجملة والا كان
اللازم ان يقول بدل العبارة وعلى التقادير فالتعليق اما مصرح به واما لازم
وقد اجاد ره في ذلك فان التعليق اللازم من الكلام لا يتصور في المثال الذي
ذكره في صورة القطع بحيث هو ره لان المال الحاضر عاما فتبصر فيه من حيث
تجدد وكذ تعليق فتدبر قوله فما كان منها معلوم الحصول حين العقد فالظاهر
انه غير قادح سواء كان من قبيل ما هو مصحح للعقد ام لا وقد اشتمل كلام المحقق
على الاول حيث ذكر في التفريع المتقدم ذكره ما اذا قال ان طالوع هذه
ان كان الطلاق تقع بك وكلام الشهيد الثاني ره على الثاني في عبارة المتقدم
ذكرها القوم حيث قال كقول البايع يوم الجمعة مع علمه بان كان يوم الجمعة
فقد بعتك كذا قوله وفاقا لمن عرفت كلامه كالمحقق والعلامة والشهيدين
والمحقق الثاني والصيمري لا يخفى في العبارة من الحرازة لان اقرار انما كان
للتمثيل وذكر من عرف كلامه فلا وجه لذكر الصيمري هنا اذ لم يعرف كلامه وان
كان للتنظير فلا وجه لذكره من قبل لان التنظير لا بد فيه من المغايرة قوله
وحكي عن ظ فخر الدين ره في ط تفصيل حكم اختلاف الوكيل والموكل في التوكيل
في شراء الجارية فقال الموكل ما اذنت في الشراء بعشرة وقال الوكيل بل بعشرين

بل الكلام ... من معلوم الحصول عند العقد

٢ العدم

اذا ثبت هذا فاذا عمل الوكيل بعد ذلك قال قوم على الحاكم ان يرفق بالامر للمامور
فيقول له ان كنت امرته ان يشتريها بعشرين فقل بعته اياها بعشرين ويقول
للآخر قل قبلت ليحل له الفرج ولحفظ بنائه ثم قال هذا اذا قال بعتكها بعشرين
وان قال الموكل ان كنت امرتك ان تشتريها بعشرين فقد بعتك اياها بعشرين
وقبل الوكيل ذلك فمن الناس من قال لا يصح لانه علقه بشرط لا يصح ومنهم من
قال يصح لانه لم يشترط الا ما يقتضيه اطلاق العقد لانه انما يصح بيعه لهذه الجارية
من الوكيل ان كان قد اذن له في الشراء بعشرين فاذا اقتضاه الاطلاق فلم يضر
اظهاره وشرطه كما لو شرط في البيع تسليم الثمن وتسليم المثمن وما اشبه ذلك
انتهى ما اهمنا نقله ويظهر منه الاشكال من وجوه احدها عدم صحة الحكاية
لانه ره اقتصر على نقل القولين من دون ترجيح لشيء منهما ثانيها انهم كيف
قال بعد هذا الكلام بل لم يوجد في ذلك خلاف صريح مع ما عرفت من نقل الشيخ ره
للقولين ثالثها ان المصنف ره كيف استظهر من الشيخ ره ارتضاء القول بالصحة مع
ما عرفت من عدم الدليل عليه في كلامه ومرجع الاول والاخير الى شيء واحد
الا ان توجه الاشكال في الاول الى الحاكي وفي الاخير الى المصنف ره ويمكن دفع الكل بان
الشيخ ره وان اقتصر على ذكر القولين الا ان مدرك القول الاول يتحقق عند عامة وهي
ان التعليق قادح في صحة العقد ومرجع ذلك القول الثاني الا ان هذه القضية
الشرطية وان كانت في صورة التعليق الا انها ليست في المعنى تعليقا فقد استند
القائل بالقول الثاني الى ما هو مقتضى للعقد وليس بمقتضى مستند القول
الاول بعد تسليم اصل القاعدة وبهو ره قد ذكر مستند القول الاول كما ذكر مستند
القول الثاني فالسكوت على مثل ذلك يقتضي ارتضاء القول بما هو كالمستثنى من
الاول فلنبين الحال في مثل ما ذكرناه على حد الحال عند كل القولين المبنيين على المستند

الى

الحديبلي منشا ينبغي في الدلالة لا ينبغي التوقف فقد ظهر بما ذكرنا اندفاع الاشكال الاول
وكذا الاخير ويمكن دفع الثاني بان الخاصة ليس لهم في المسألة الا قول واحد هو الصحة
وان الخلاف انما هو بين العامة لما نبه في كلام الشيخ ره عبارة عنهم ويؤيده ان
العلامة ره في التذكرة اسند الخلاف في ذلك الى الشافعية فقال واختلف الشافعية في
فمنهم من قال ان هذا الشرط لا يكون في كلام الموكل وانما يكون في كلام الحاكم وينبغي ان
يقول الموكل بعتكها بعشرين ليقع البيع فان البيع لا يقبل التعليق بالشرط
ولهذا لو قال ان كان قد قدم فلان فقد بعتك لم يصح كذا هنا وقال بعضهم يجوز
ان يقول ذلك الموكل ويصح لانه شرط يقتضيه الايجاب فلا يمنع صحته لانه لا
يصح الايجاب الا ان يكون الوكيل صادقا فيما قال ولو قد وقع البيع للموكل كما اذا
قال ان كان مالي الغائب سالما فقد بعتك هذا ولو انه لم يكن سالما فمن نافلة يصح لان
ذلك مقتضى الاطلاق وان كانت الزكوة لا تتعلق بشرط قال بعض الشافعية
القول الاول خطأ لان هذا الموكل اذا اطلق قوله بعتك يكون بذلك اقرارا منه
بالملك ويكذبها لنفسه فيما ادعاه فلا يؤمر به واما الشرط الذي ذكروه فلا يضر لانه امر
واقع يعلمان وقوعه مثل ان يتفقا على ان هذا الشيء ملك احدهما فيقول انه ان كان
ملكي فقد بعتك فيصح وكذا كل شرط علما وجوده لا يؤدي الى وقوف البيع بخلاف
ما اذا ذكره انتهى وبعد ذلك الاشكال يبقى هنا شيء وهو ان الاستدلال للصحة ليس
بعنوان ان كونه معلوم الحصول بل لانه غرض وانما استدل بعنوان كونه من
مقتضيات العقد كتسليم الثمن والمثمن وبين العنوانين عموم من وجه وهو ظ
فلا وجه لاستشهاد المصنف ره في هذا المقام بما حكاه عن ط وقد يحكى في قواعد الشهيد ولذا ادعى
الرياض في باب الوقف عدم الخلاف فيه حيث قال فيها ويشترط فيه التنجيز
فلو علقه على شرط متوقع او صفة مترقبة او جعل له الخيار في فسخه متى اراده منه

من دون حاجة بطل بلا خلاف فيه وفي الصحة لو كان المعلق عليه واقعا والواقف عالم
بعدم وقوعه كقوله وقفت ان كان اليوم الجمعة وكذا في غيره من العقود وبعدم الخلاف
صرح جماعة هنا كالعلامة وبعدم قدح التعليق في هذا القسم صرح في الكفاية لكن
من دون تعرض لنفي الخلاف قال ويستثنى من بطلانه بتعليقه على الشرط ما لو كان
الشرط واقعا والواقف عالما بوقوعه كقوله وقفت ان كان اليوم الجمعة بلا خلاف
كغيره انتهى ثم انك قد عرفت ان كلماتهم في معلوم الحصول حين العقد مطلقة
شاملة لما اذا كان المعلق عليه من قبيل ما هو من مقتضيات العقد الذي يتوقف
عليها صحته او غيرها وقد عرفت انهم وقع التمثيل لها بالقسمين ولكن قال
بعض المعاصرين تكمل بعد نقل جملة من كلماتهم التي حكاها المصرحة في هذا المقام
واتباعها بما حكيناه عن المحقق في كتاب الطلاق الى غير ذلك من كلماتهم التي
مقتضاها صحة نحو قوله بعتك ان كانت الشمس طالعة او كان زيد موجودا ونحو
ذلك من الامور المعلوم مقارنتها حال الانشاء عادة كما مال اليها بعض من تاخر
بل ربما استظهر من الاكثر بل ربما نفي الخلاف فيها كما في الرياض بل ظاهر نسبته
الى الصريح جماعة انهم ومنها بعتك هذا ان شئت فقال قبلت وعن نهاية الاحكام
احتمال الصحة فيه لان هذه صفة تقتضيها اطلاق العقد فانه لو لم يشأ لم يشتر
ولكن عنها وعن التذكرة ان الاصح البطلان لانه في حالة الايجاب غير عالم بحاله وفيه
ان المفروض حصول العلم له بها عادة الا ان يراد بها عن الشهيد من ان الانتقال
مشروط بالرضا ولا يرضى الا مع الجزم ولا جزم مع التعليق لانه بعرضة عدم
الحصول ولو قدر علم حصوله كالمعلق على الوصف الذي يعلم حصوله عادة
كطلوع الشمس لان الاعتبار بجنس الشرط دون انواعه وافراده اعتبارا
بالمعنى العام دون خصوصيات الافراد كما في سائر القواعد الكلية المعللة

والواقف عالم بوقوعه منه دام ظله العالي

بامور

بامور يحكمه تخلف في بعض مواردها الجزئية وح فنقص الصحة عندهم بما المعلق عليه المعلوم
المقارنة الذي له دخل فيها واطلاق الحكم من الشيخ والفاضلين والفخر والشهيد المحقق
الشهيد الثاني والصيمري وغيرهم لعلم منزل على ذلك لا على مطلق المعلوم المقارن
كما زعم بعضهم وانما تنزل كلامهم لذلك ونحوها التمثيل بيوم الجمعة ونحوها الا ان نسبة الخطأ
اليها في المثال لعلها اولى من نسبة التعميم الى الجميع فتدبر انتهى واستحسن عاقبه
لان جعل مدار التعليق المبطل على ما كان بعرضة عدم الحصول على التعليق والقول لا نسلم
قصر الصحة على خصوص ما اجتمع فيه وصفا شرطية المقارنة للعقد وكونه مما له مدخل فيه وعلم
العاقد بحصوله ضرورة انه اذا كان مدار البطلان لكونه بعرضة عدم الحصول ارتفع البطلان
بارتفاع كونه بعرضة عدم الحصول ومعلوم انه يرتفع كونه بعرضة عدم الحصول بمجرد عدم م
وجوده في حال العقد مع العلم به فيه ولا مدخل في ارتفاعه لكون المعلق عليه مما له مدخل
في العقد ومعلوم ان الوصفين اعني الوجود في حال العقد وكونه معلوما للعاقد كما
يوصف بهما ما كان من قبيل الامور التي لها مدخل في العقد كذلك يوصف بهما ما كان
من قبيل الامور التي ليس لها مدخل فيه وهو مما يشهد بما ذكرناه وان كان غير مفتقر
الى شاهد وانما يكفي في التصديق به مجرد التنبيه عليه ان الشهيد قال في جواب
السؤال الذي وجهه على نفسه ان هذا تعليق على واقع لا متوقع الحصول فيحمل
اندفاع السؤال لكون المعلق عليه واقعا ولو كان لكونه مما له دخل في العقد لجعل
في اندفاع السؤال كان اللازم ذكره هنا ولا يكاد تعميه ينقض ما به على التقريب المذكور من
قصر الصحة على خصوص التعليق على معلوم الحصول حال العقد الذي له دخل في
العقد واعجب منه انه جعل نسبة الخطأ الى ذلك وغيرها في المثال اولى من نسبة
التعميم الى ما له مدخل في العقد وغيره الى الجميع وقد اشتمل كلامهم على الاطلاق في التعميم
وذكر الامثلة من القسمين وذلك واضح بعد التنبيه فوكسى وما كان معلوم الحصول

في المستقبل وهو المعبر عنه بالصفة فالظاهر انه داخل في معقد اتفاقهم على عدم الجواز لكن
ان معلوم الحصول في المستقبل على قسمين احدهما ما هو من قبيل ما له مدخل في صحة العقد
والاخر ما ليس كذلك ومن امثلة الاول ما تقدم من مشية المشتري المعلق عليها او قبوله
او اجازة المالك لو باع فضولا بان يقول البايع بعتك ان شئت او بعتك ان قبلت او بعتك
ان اجاز المالك ونحو هكذا ومن امثلة الثاني ما لو قال بعتك اذا طلعت الشمس والتقسيم الذي
ذكره المصنف ره يشتمل على القسمين واطلاق عبارته كعبارات الاصحاب في مقام ذكر اشتراط التنجيز
عن الشرط والصفة شامل لهما ويستفاد من عبارة التذكرة المتقدم ذكرها في كلام المصنف
كون التعليق على الصفة التي لها مدخل في العقد غير قادح في صحته لانه ذكر كون التعليق
على الشرط موجبا لعدم صحة العقد وان كان الشرط هو المشية وعلله بالجهل بثبوتها حال
العقد وبقائها مدة ومعلوم ان البقاء في حال القبول من قبيل الامر المستقبل وان
مقتضى التعليل بالجهل ببقائها هو انه لو علم بقاؤها لم يكن التعليق قادحا في
صحة العقد خصوصا مع كونه كلام العلامة هذا في مقابل من قال بانها صفة يقتضيها
العقد فانه حيث لم يمنع من كون حكم التعليق على الصفة التي هي مقتضى العقد عبارة
عن صحة العقد وانما ذكر ما يرجع الى منع الصغرى وهو الجهل ببقائها فاستفاد منه
تقريرا لكون حكم الصفة التي هي من قبيل مقتضيات العقد عبارة عن صحة العقد
وما كان منها مشكوك الحصول وليس صحة العقد معلقة عليه في الواقع كقدوم الحاج
فهو المتيقن من معقد اتفاقهم اعلم ان مشكوك الحصول تحته اقسام اربعة لانه اما ان
لا تكون صحة العقد معلقة عليه في الواقع او تكون صحته معلقة وعلى التقديرين اما ان
تكون حصوله على تقدير تحققه في حال العقد او في المستقبل فالاول مشكوك الحصول
وليست صحة العقد معلقة عليه وقد ذكر العلامة انه المتيقن من معقد اتفاقهم على فساد
العقد بالتعليق عليه لا فرق فيه بين قسميه اللذين هما ما كان ظرف حصوله على تقدير تحققه

حال

حال العقد وما كان ظرف حصوله على تقدير تحققه الزمان المستقبل فالحاصل وما كان صحة العقد معلقة
عليه الخ يعني ان ما كان من المعلق عليه المشكوك الحصول من قبيل ما يتوقف عليه صحة العقد سواء
كان ظرف حصوله على تقدير تحققه هو حال العقد ام كان ظرف حصوله على تقدير تحققه هو الزمان
المستقبل مندرج تحت اطلاق قولهم انه ان علق العقد على شرط او صفة لم ينعقد فيصير
التعليق عليه الحاصل قسمين قادحا في انعقاد العقد الا ان الشيخ ره في ط حكى في
مسئلة ان كان لي فقد بعته قولا من بعض الناس بالصحة وان الشرط لا يضره
قد تقدم ذكر عبارة الشيخ ره عند قول المصنف قبل هذا لكن قد نفى هيهنا
وهو ان في المقام ان كان لي فقد بعته نصوص ووقوعه على وجوه احدها ان يكون
القائل يعلم بانه مالك لكنه قد اتى به بحسب الصورة لداع دعاه الى ذلك ثانيها
ان يكون يعلم بان المال ليس له ولم يصدر منه تقصير في شرائه على الكيفية
التي يدعيها عليه الوكيل ثالثها ان يكون شاكا في حال ايقاع البيع المعلق وكون
خارجا عن طرف التنازع لانه لو ادعى على الوكيل الذي فوض شراء الجارية للموكل بالفقد وادعى الموكل الاذن
في شرائها بالعشرين حلف ثم حلف البايع للجارية على نفي العلم بانه ادعى الوكالة اشترها له
ماله او على عين ان ادعى الوكيل عليه العلم فالبايع لها لا يدري بحقيقة الحال
كان الوكيل صادقا فالجارية للموكل وان كان كاذبا فهي للبايع لعدم انعقاد البيع للموكل على
الذي امر به فيبطل فتبقى الجارية على ملك مالكها الاول وهو البايع ثالث في كونها له
ذلك نقول ان اطلاق كلام القائل بصحة العقد مع تعليقه على الشرط بان يقول ان كان لي فقد
شمل وقوعه على كل من الوجوه الثلاثة التي منها ما لو كان شاكا في حصول المعلق عليه من قبيل
المشكوك الذي يتوقف عليه صحة العقد وقد حكم بان القائل بصحة العقد المخصوص
وحاصل ما افاده العلامة هو ان الشيخ ره حكى في المسئلة المذكورة قولا بالصحة شاملا باطلاقه
لصورة الشك الا ان العلامة لم يصرح بشمول صورة الشك الا انه ابقى الكلام عليه والعماد

عليها ولكن الوجه في دفع عبارة التذكرة التي ذكرناها بعد ذكر كلام الشيخ ره فيما تقدم حكاية
عن بعض الشافعية ان الشرط الذي لم يكن التضرر لانه امر واقع يعلمان وقوعه مثل ان يتفقا على ان
هذا الشيء ملك احدهما فيقول ان كان لي فقد بعتك فيصح وكذا كل شرط علم وجوده الى
اخر ما تقدم ويعلم من ذلك ان مفروضهم في الحكم بالصحة انما هو صورة علمهما بان
المال لي لجارية مثلا للموكل لكنه يتم الاشكال في صورة الشك فلا يستقيم الا ان الظاهر
ان تصافقه لم تقدر بينا الوجه في ارتضائه عند نقل كلام الشيخ ره في ذيل قوله لم يرد الا سنظهاره
ان الشيخ في ط حكى في مسئلة ان كان لي فقد بعته انه واورد بعض من تاخر على العلامة
ره بان المحقق ره حكى عن الشيخ في كتاب الطلاق انه اذا قال انت طالق في هذه
ان كان الطلاق يقع بك لم يقع لتعلقه على الشرط لان الشرط المعلق عليه في مفروض مسئلة
الطلاق انما هو ما يتوقف عليه صحة العقد ومع ذلك حكم بعدم وقوع الطلاق
من جهة تعلقه على الشرط فلو كان التعليق على الشرط الموقوف عليه صحة العقد غير
مناف لصحة العقد عند الشيخ ره لما حكم بذلك مناقضا لما ذهب اليه في ذلك على ان
مقصوده هنا مجرد الحكاية من دون ترجيح القول بالصحة فلا يستقيم مع ان الظاهر هنا
التوجيه لعدم قدح التعليق يدل على ان محل الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه وعدمه
هذا مرتبط باول الكلام اعني قوله الا ان الشيخ في ط حكى في مسئلة ان كان لي فقد بعته
قولا من بعض الناس بالصحة يعني انه مضافا الى اطلاق كلامه الشامل لصورة الشك يدل
على الشمول لها الوجه الذي ذكره لعدم قدح التعليق في صحة العقد وهو ان العاقد
لم يشترط الا ما يقتضيه العقد فكون المعلق عليه من قبيل ما يقتضيه العقد اذا
كان علة لصحة العقد المعلق فهذه العلة عامة لانها كما انها موجودة في صورة
علم العاقد بوقوعه في الحال او في المستقبل كذلك هي موجودة في صورة شكه في وقوعه
وعدم وقوعه فعموم العلة المقتضي يعطي عموم حكم من قال بصحة العقد بما اذا كان المعلق

عليه

عليه الذي هو من قبيل ما يقتضيه العقد مشكوكا انتهى قوله فلا وجه للتوهم اختصاص صح
بصورة العلم يعني انه لا وجه بعد ما عرفت للتوهم اختصاص القول بصحة العقد عند التعليق
على ما يقتضيه العقد بصورة علم العاقد بحصول المعلق عليه لان ذلك القائل مضافا
الى اطلاق كلامه الشامل لصورتي العلم وعدمه استدل على مطلوبه بكون المعلق عليه
من مقتضيات العقد لا بكونه معلوما للعاقد ومعلوم ان كون المعلق عليه من مقتضيات
العقد اعم من ان يكون معلوما او غير معلوم قوله الا ان ظهور ارتضاء الشيخ ره كاف
في عدم الظن بتحقق الاجماع عليه يعني ان ظهور ارتضاء الشيخ لهذا النوع من التعليق
بمعنى صحته عنده كاف في عدم حصول الظن بتحقق الاجماع المعهود الذي هو مستند
الحكم في المسئلة اعني الاجماع على كون التعليق مفسدا للعقد على هذا النوع من
التعليق حتى يكون مندرجا تحت معقده فيكون من جملة المفسد للعقد قوله
ويؤيد ذلك ان الشهيد ره في قواعده جعل الاصح صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه
كقول البايع بعتك ان قبلت وجه التأييد وجود موافق مثل الشهيد ره وفرض
المسئلة فيما يتوقف عليه نفس تحقق البيع وهو الشرط الذي هو قبول المشتري
وليس مفروضه مثل المثال الذي ذكره الشيخ ره في كون المعلق عليه مما يتوقف
عليه ترتب الاثر تاديتي نفس العقد فلا يكون ما ارتضاه الشيخ ره مما لا قائل به حتى
يحتمل فيه التاويل وكون المراد خلاف ما هو ظاهر في نظر الجاني اعتراف القائل بشيء مما اقرب الى
كلامه التاويل قوله ثم انك قد عرفت ان العمدة في المسئلة هو الاجماع تحقق القول
في مستند الحكم في هذه المسئلة هو انه ان كان الحكم هنا مبنيا على القواعد فلا ينبغي لهم
عليه دليل لبطلان الوجوه التي ذكروها في تطبيق الحكم على القاعدة اما ما تقدم عن
العلامة ره من ان التعليق ينافي الجزم فلا اورد عليه بعض من تاخر عنه بان الا
انه ينتفي الجزم بالعقد المطلق فلم ينشئه العاقد حتى يتوقف على الجزم به وان اريد انه

الجزم

شيع الجزم بالعقد المطلق فلم ينشئ العاقد حتى يتوقف على الجزم به وان اريد انه ينتفي
بالمقيد بالشرط المعلق عليه في البيع الذي لا يعرف به وصحة الريب ان الجزم به حوف
وان شئت قلت ان النذر مشروط مثل قوله ان قدم ابني من السفر فلله على ان اتصدق
بدرهم كيف تحقق فيه الجزم فان قال انه لا جزم فيه قلنا كيف صح به في الجزم وان قال
ان الجزم هناك موجود قلنا كيف تحقق الجزم مع وجود الشرط واما سائر الوجوه
التي يأتي ذكرها في كلام العلامة ره فلا نعرف في كلامه ره من دفعها فلا بد من ان يكون
مبنيا على التعبد والتلقي من اهل العصمة سلام الله عليهم ويؤيد ذلك ان من العامة
من جوز التعليق في الوكالة بل في الطلاق وقد عرفت الاختلاف فيما بين الشافعية
في صحة بيع الموكل على وجه التعليق في كلام العلامة ره في مسئلة ان كان لي فقد بعته بل نعلم
من ذلك ان حكمهم باعتبار التنجيز وبطلان الطلاق وبطلان الاشتراط لم يكن مما
يحمل انهم تلقوه من العامة ولا مبنيا على القواعد فاتفاقهم في الحكم التعبدي لا يكون
الا من باب التلقي من اهل العصمة سلام الله عليهم ونحن ولو منعنا حصول العلم بعصر
فزمانا بعصر نزول الخطاب فيلزم الاقتصار في الحكم بفساد العقد المشروط على ما علم
قيام الاجماع عليه ويرجع فيما عداه الى عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود ومن زعم
ان الاجماع على فساد العقد المشروط بالنسبة الى مورده مخصص لعموم الاية ومع انتفاء
المخصص يؤخذ بعموم العام ومن ليس كذلك ان عموم الاية ايضا دليل اجتهادي
رافع للحكم اصالة الفساد التي هي عبارة عن عدم انتقال المال عن مالكه الى غيره وان
اريد التعيين بما نعم البيع وغيره فقل اصالة عدم ارتفاع السلطنة الثابتة للمالك
ثبوت سلطنة غيره عليه وقد عرفت ان ما قام الاجماع على كونه موجبا لبطلان العقد
هو التعليق على معلوم التحقق في المستقبل المعبر عنه بالصفة تقسيمه للتنجيز ما
ما يتوقف عليه صحة العقد وما لا يتوقف عليه صحته وما كان محقق الحصول في المستقبل عنه بانه

بقسميه

٣ صحة العقد وما لا يتوقف عليه صح

بقسميه للذين هما ما يتوقف عليه صحته وما كان مجهول الحصول في حال العقد وان كان حاصلا في
الواقع بقسميه للذين هما ما يتوقف عليه صحة العقد وما لا يتوقف عليه صحته واما ما اشار
اليه المصنف ره من حكاية الشهرة في كذا بالصحة في مشكوك الحصول الذي هو من قبيل ما يتوقف
عليه صحة العقد فقد عرفت ان القائل بذلك انما هو من العامة واما ما اشار اليه من
انضمام الشهرة لم نقف عليه دليل يصح الركون اليه وما ذكرناه من البناء سابقا فانما
لرفع شبهة التحكم عن المصنف ره واما ما كان معلوم الحصول في حال العقد سواء كان من قبيل
ما يتوقف عليه صحة العقد ام لا فالظاهر قيام الاجماع على عدم قدح التعليق عليه مثل ان
تقول بعتك ان شئت على احد معنييه المذكور بعد او يقول ان كان لي فقد بعته وقد
عرفت دعوى صاحب الرياض ره عدم الخلاف على وجه يعم قسميه في المثال المذكور في
كلامه من مثله القسم الاخير ويوافق ذلك ما ذكره الشهيد ره في القواعد فانه وان
كان قال في اول كلامه ان الجزم ينافي التعليق لانه بعرضة عدم الحصول ولو قدر
العلم بحصوله وعلله بان العبرة بجنس الشرط دون انواعه الا انه قال في ذيله حقق
قوله ان كان لي فقد بعته لان هذا تعليق على واقع لا متوقع فحصل ان التعليق على
المتوقع قادح وان كان معلوم الحصول وان التعليق على الواقع غير قادح ولا مناف
للجزم فاللازم هو الحكم بالصحة في الصورتين اعني التعليق على الواقع والتعليق
على المتوقع وان كان التعليق قادحا فيما اذا كان المعلق عليه معلوما فاللازم هو
الحكم بالبطلان في الصورتين فلا وجه للفرق بينهما بحكم القاعدة نعم الفرق
بينهما بقيام الاجماع وعدم قيامه متجه ولو فرض طرو شك في تحقق الاجماع على
صحة العقد فيما اذا كان المعلق عليه معلوم الحصول في حال العقد فالمرجع هي
ادلة وجوب الوفاء بالعقود كما هو الشأن في كل مورد لم يقم فيه الاجماع على فساد العقد
بالتعليق على الشرط لكن ذلك بالنسبة الى ذلك المورد مما لم يعرض عنه الاصحاب في ...

٣ ودليل ان يجوز عليه بعض صور الاراد الكلام في العقد المشروط بالقاعدة انه اذا كان التعليق على المعلوم لم يجز م

وربما يتوهم ان الوجه في اعتبار التنجيز هو عدم قابلية الانشاء للتعليق وبطلانه واضح لان
المراد بالانشاء ان كان هو مدلول الكلام فالتعليق غير متصور فيه اه هذا التقريب
الذي افاده المصنف قده في رد الوجه المتوهم احسن مما ذكره صاحب الجواهر قده نفي الضرورة
قبل الاوامر ونحوهما بل والوصية والظهار ونحوهما انتقل انتهى لانه بعد حمله على الوجه
الصحيح يؤول الى ما يؤول اليه الشق الثاني مما ذكره المصنف قده من الترديد فيكون باطلا
لاشتماله على شق الترديد او غيره الالزام قوله ويتلوه هذا الوجه في الضعف
ما قيل من انه ظاهر ما دل على سببية العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه فتعليق
اثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك هذا الوجه ذكره صاحب الجواهر قده وهذه
العبارة عبارة المصنف قده في كتابه بتغيير يسير في اخرها فانه قال فتعليق اثره بشرط
من المتعاقدين دون الشارع معارض لذلك انتهى قوله وفيه بعد الغض عن عدم
انحصار ادلة الصحة واللزوم في مثل قوله تعالى احل الله اوفوا بالعقود لان دليل
حلية البيع وتسلط الناس على اموالهم كاف في اثبات ذلك اورد عليه بعض من
تاخر بان الذي سمعناه من صاحب الجواهر قده شفاها في مجلس البحث هو ان ادلة جميع
الاسباب ظاهرة في ترتب مسبباتها على الاسباب عند وجودها وانه لو كان شئ منها في ترتب
الاثر على البيع عند وجوده بان من باع ملك ونحن هنا لا نقول ان كل عالم تقوم اجماع او دليل
اخر على كونه شرطا في النقل مما هو من المتاخرة في الوجود عما هي مرتبطة به ومتممة له
فاللازم فيه هو الحكم بالكشف ولهذا قال في باب اجازة الفضولي كاشفة وقال في مسئلة
اشتراط القبض في الوقف في ذيل الكلام ما نصه ومع الاغضاء عن ذلك كله فالمتجه
كونه شرطا كاشفا لا جزء سبب اه وفي ذيل الكلام على مسئلة اشتراط القبض في الهبة
فلا محيص حينئذ عن القول باعتبار القبض في الصحة على وجه لا يترتب عليه ملك قبله الا على
احتمال الكشف الذي هو قوي في نفسه وقد قررناه في نظائره غير مرة الا ان الجمع بين الظاهر

هنا

هنا على خلافه وفي كتاب السبق والرماية في شرح قول المحقق قده اذا تم النضال ملك الناضل
العوض انه لا يبعد دعوى الكشف لما عرفته غير مرة في نظائره اه فراجع فالحاصل ان
ظهور ما دل على السببية في ترتب مسببه عليه حال وقوعه غير مختص في العقود عنده
بل هو جار فيما عداها من الاسباب ايضا وذكره العقد هنا مبني على كون البحث هنا وفي
هذا فليس ترتب مسبب البيع واثره عليه الا مثل ترتب اثر العقد عليه فكما ان ترتب
عليه في حال وقوعه كذلك ان البيع يترتب عليه في حال وقوعه فليس هو قده بصدد دعوى
ظهور دليل السببية في ترتب مسببه عليه حال وقوعه في خصوص العقد وقوله تعالى اوفوا
بالعقود في حال وقوعه بطريق النقض ثم بين انه لو كان العقد سببا لمدلوله في حال وقوعه
لم يقع تخلفه عنه وقد وقع كثيرا حتى يورد عليه بمنع الانحصار في قوله تعالى اوفوا بالعقود
فضلا عن ان نقول ان ما دل على سببية البيع للملك ايضا يدل على ترتب مسببه عليه حال وقوعه
وح فلا يتجه الايراد عليه بما اورده عليه المصنف قده قوله ثم ان العقد سبب لمدلوله لو سلم هذا
الايراد الى ان قال تسليم المقدمة وهي سببية العقد لمدلوله في حال وقوعه والمنع من انتاج
هذه المقدمة للنتيجة التي اراد المستدل استنتاجها منها وهي كون العقد سببا للملكية
المنجزة وانما هو سبب للملكية على حسب مؤداه ومدلوله فان كان مطلقا فمطلق وان كان
مقيدا فمقيد قوله مع ان تخلف الملك عن العقد كثير حيث الظاهر ان هذا ايراد ثالث
على المستدل وليس من قبيل المؤيد للثاني والمتمم له ومآله في الحقيقة الى منع اصل المقدمة
وهي كون العقد سببا لمدلوله ولكن لا يخفى عليك ان الايراد بمثل ذلك انما يتجه لو كان
المستدل قد اقام برهانا عقليا وليس كذلك فانه غاية ما ذكره هو ان ظاهر ما دل على
السببية انما هو كون المسبب لا يتراخى عن العقد الذي هو سبب ومعلوم انه
يجوز العدول عن ظواهر الادلة بدليل اخر مخصص او مقيد او غيرهما فللمستدل
ح ان يقول خرج ما خرج وبقي الباقي وهو حق وان تعجب بلفظ السببية التي قد يتراءى

منها في بادي النظر ان عدم تخلف المسبب عن السبب امر عقلي الا ان دليله ليس منوطا
بانيا تعقلوا انما هو منوط باثبات كيفية للسببية متمسك فيها الى ظاهر الادلة ثم بعد
الاغماض عما ذكرنا نقول ان اراد ان تخلف الملك وتراخي حصوله عن وجود العقد
كثير واستند في اثبات هذه الدعوى الى موارد ثبوت الخيار في العقد كما صدر
عن بعض من تاخر في بعض كلماته ففيه ان التراخي والتخلف عن وجود العقد في الموارد
المذكورة انما هو في دوام لزوم الملك لا نفس وجوده فارادة هذا المعنى من اللفظ
المذكور خلاف الظاهر مضافا الى ان هذا المعنى على تقدير ارادته غير منطبق على كلام المستدل
لان الاشتراط المقابل للتنجيز بحسب ما يتوقف اصل حصول الملك على الشرط
فتراخي اصل حصوله عن وجود العقد وان اراد ان تخلف الملك بمعنى عدم تحققه اصلا
وراسا حتى في الزمان المستقبل مع وجود العقد كثير واستند في ذلك الى موارد
العقد التي تخلف فيها شيء من شرائط العقد ففيه ان ذلك لا ينطبق على مقصد
المستدل لان العقد حينئذ يصير فاسدا بانتفاء شرط صحته ومراد المستدل انما هو دعوى
ان العقد الصحيح لا يتخلف عنه اثره مضافا الى انه لا ينطبق على حجة اخرى ايضا وهي
ان مقصود المستدل انما هو منع تراخي المسبب عن السبب كما لا يخفى على من
احاط خبرا بمقصده واين هو من عدم ترتبه اصلا وراسا هذا ولكن يمكن دفع
الايراد الاخير باختيار ان المراد هو الشق الاول والاستناد الى موارد التراخي في موارده
منها انتقال العين الموقوفة على صنف خاص الى البطون المتاخرة فانه منفصل عن
زمان العقد ومنها انتقال العين الموصى بها للشخص الخاص الى الموصى له بوفاة
الموصي اذا تقدم القبول من الموصى عليها ومنها انتقال الموهوب الى الموهوب
له بالقبض المتراخي عن العقد على ما هو المعروف من مذهب الاصحاب من توقف الملك
وغيره من احكام الهبة عليه فاذا تراخى القبض من العقد ثم اقبض حكم بانتقال الملك

[illegible]

من حين

من حين القبض بناء على ما ذكرناه في الجواهر ومنها تملك عامل القراض لحصته لو ربح في
عقده بظهور الربح فانه يملكها ملكا متزلزلا واستقرار الملك مشروط بسلامة الربح
ومنها تملك عامل المساقاة حصته من الفائدة بظهور الثمرة اذا وقع عقدها قبل ظهور
الثمرة كما هو الغالب المسلم منها الذي لا خلاف في صحته ومنها تملك الرامي للعوض
باتمام النضال على ما هو ظاهر كلام المحقق وجماعة وان لم يستبعد صاحب الجواهر
كون اتمامه كاشفا عن تملكه بالعقد ويتوجه على ذلك الكلام ان ما ذكره هو لما استفيد من
ان ما ذكره لا يجري في غيرها من العقود التي قد يتاخر مقتضاها عنها حتى يلزم التالي
في كلامه ولكن التامل الصادق يقضي بان مراده من العقد الذي قد يتاخر مقتضاه
انما هو مثل الاجارة بان يواجر الدار مثلا في غرة شهر رمضان سنة كاملة من
غرة شهر شوال فلو علق الاجارة على مجيء غرة شهر شوال او على ما هو مثله لزم
كما في الوجه فانه لا يجري ما ذكره صاحب الجواهر من ان ظاهر ما دل على
سببية العقد هو ترتب المسبب حال وقوعه وقد صار التعليق موجبا لتخلف
العقد الواقع لمقتضى ظواهر الادلة فتلخص ثم انه يتجه الاشكال على التمسك من جهة اخرى
وهو ان تخلف الملك عن العقد سواء اريد به تخلفه عنه بمعنى الخيار ام اريد به تخلفه من
جهة اصل وضع العقد واقتضائه الشرعي كما في الموارد التي ذكرناها لا يرد نقضا على المستدل
لانه قال ان التعليق اثره بشرط من المتعاقدين دون الشارع معارض لذلك
لانه كما لم يكن قد ثبت من جانب الشارع تجويز التعليق الذي ياخذه الموجب في العقد
كان منافيا وهذا بخلاف موارد الخيار التي قررها الشارع وكذلك العقود التي
ذكرناها فانها مجعولة من جانب الشارع على ذلك الوجه فلا يكون ارادة ما
لها منافيا لكلام المستدل فتامل فيه مع ان ما ذكره لا يجري في مثل قوله هذا
بعتك ان شئت او ان قبلت فقال قبلت فانه لا يلزم هنا تخلف اثر العقد عن

لا يجري في الشرط المشكوك المحقق في الحال فان العقد حينئذ يكون مراعى لا موقوفا مع ان ما ذكره
لا يجري في غيره من العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنها كما لا يخفى هذه الوجوه الثلثة مع اشتراكها
في كونها قد سيقت لمنع كلية الدليل تفترق بان الاولين ناظران الى منع كلية قوله فتعليق
اثره بشرط من المتعاقدين مخالف لترتب مسبب العقد عليه في حال وقوعه والاخير ناظر الى
منع كلية ترتب الاثر على العقد مطلقا في حال وقوعه بلا نزاع ولا مهلة ويتجه عليه نظرا ما قدمناه
من ان منع مدعى المستدل انما هو ظهور الادلة فيما ذكره ومن المعلوم ان الظاهر يجب العمل به حتى يرد
عنه الدليل المخصص او مقيد او غيرهما فللمستدل ان يقول حينئذ ما خرج خرج وبقي الباقي ثم ان
بعض المعاصرين بعد ما حكى اعتراضات المصرة على الدليل المذكور بقوله واما الثالث يعني الدليل
الذي استند اليه صاحب الجواهر ره فقد يورد عليه اولا بعدم انحصار دليل الصحة
واللزوم في مثل اوفوا بالعقود بل حلية البيع ونحوها كافية في اثبات ذلك وثانيا بان
العقد سبب لو صح مدلوله فيجب الوفاء به على طبقه منجزا كان او معلقا على نحو الوفاء
بالعهد اذ لا فرق بينهما بحسب العرف ودعوى ان اثر البيع مثلا هو الملكية المنجزة محل
منع بل اثره مطلق الملك فان كان منجزا فاثره الملكية المنجزة وان كان معلقا فاثره الملكية
المعلقة وكذا في سائر اثار العقود مع ان تخلف الملك عن العقد كثير جدا وثالثا بان ذلك
لا يجري في مثل قوله بعتك ان قبلت فقال قبلت اذ لا تخلف لاثر العقد عنه بل ولا يجري
في الشرط المشكوك الظاهر المحقق في الحال واقعا فان العقد حينئذ يكون مراعى لا موقوفا
بل ولا يجري في العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنها كما هو واضح كوضوح عدم الفرق
بين البيع وغيره عندهم قال ولكن قد يدفع الثالث بان المفروض في كلام المستدل انما
هو المنع عن التعليق على الشرط المتأخر لا من مطلق التعليق وقيام الدليل على التخلف في
الجملة غير مناف للظهور المزبور اذ هو قرينة على العدول عنه كما هو واضح كوضوح انه
لا مجال لانكاره حتى من محقق لم نعم احل الله البيع بعد تسليم دلالته على الصحة حكم حتى مع

خلوه

خلوه عن العقد فقد يوهن واما تسلط الناس على اموالهم فلا دلالة فيه على الصحة الشرعية
واضح كوضوح عدم سند لمنع الدعوى المزبورة هذا انتهى ولا يخفى ما فيه اما اولا فلانه
ليس في كلام المستدل فرض المنع عن التعليق على الشرط المتأخر وانما استدل على الا نطق
الا على الشرط المتاخر ويلزم منه فساد اخر في الدليل وهو كونه اخص من المدعى بل نقول ان
صدور الفرض من المستدل مما لا يعقل له معنى لان الفرض انما يتحقق في عنوان المسئلة
فالمعنون للمسئلة سواء كان قصده بالاستدلال ام لا هو الذي يليق به الاستدلال
واما المستدل فليس وظيفته الا تطبيق الدليل على العنوان ولهذا تراهم ينبهون لو ارادوا الاستدلال
على بعض المطلوب ينبهوا عليه سواء كان مما تم بعدم القول بالفصل ام لا بان كان على البعض الاخر
دليل اخر وبالجملة فقد اعتذر المعاصر المذكور بما يلزم منه كون الدليل اخص من المدعى فليس
حاله في اعتذاره هذا للمستدل الا مثل حال من فر من المطر الى المرزاب واما ثانيا فلان
الاعتراض على المصرة بان تسلط الناس على اموالهم لا دلالة فيه على الصحة الشرعية لا وجه
له لانه قد تمسك به سابقا على اللزوم بالتقريب الذي تقدم في مسئلة بيع المعاطاة
كما تقدم منه تقريب دلالة قوله نعم احل الله البيع على صحة البيع وقد قال هنا وفيه بعد
الغض عن عدم انحصار ادلة الصحة واللزوم في مثل قوله نعم اوفوا بالعقود لان دليل
حلية البيع وتسلط الناس على اموالهم كاف في اثبات ذلك فاشار بدليل حلية البيع
الى دليل الصحة وبتسلط الناس على اموالهم الى دليل اللزوم فاعتراض المعاصر المذكور
على المصرة بانه لا سند له على منع دعوى الظهور المذكورة في كلام المستدل واضح السقوط
لان المنع لا يحتاج الى سند خصوصا منع الظهور فعلى المستدل اثباته فكيف
الاضعف من الوجه المتقدم التمسك في ذلك بتوقيفية الاسباب الشرعية الموجبة لوجوب
الاقتصار فيها على المتيقن وليس الا العقد العاري عن التعليق وقد يكون نظير العبارة
ما جمع فيه بين اسم التفضيل المقرون باللام وبين لفظة من وذلك مما منع منه النحاة

ولهذا اختلفوا فى قول مجيزين الاعتبار ولست بالوكيل منهم حجى واما الفرع للحاكى بوجوه ليس هذا
محل ذكرها ثم ان التمسك بتوقيفية الاسباب قد وقع الاشارة اليه فى كلام صاحب الجواهر ره انتهى
حيث قال فى ذيل الوجه السابق بل هو شبه اثبات حكم شرعى من غير اهله ومحصله ان
العبادات واحكامها كما انها توقيفية كذلك العقود فيجب الاقتصار على المتيقن من افرادها
حيث سرى الشك الى شئ منها من جهة الكيفية او غيرها وقد عرفت مناسبتها
قاعدة التوقيفية فى الفاظ العقود هنا وقد تحصل لك من الاحاطة بكلام المجوزات
المستند فى الحكم باعتبار التنجيز عندهم وجوه احدها الاجماع فهو مخصص للوفاء وهو
المعتمد عنده وعندنا الثانى هذه القاعدة وقد عرفت انكارها الثالث ما ذكره العلامة ره
من انه عند التعليق ينتفى الجزم المعتبر فى الانشاء وتحقق مفهوم العقد وقد عرفت انه انما
يتم فيما لو لم يكن منشئ العقد المعلق عالما بتحقق الشرط اما لو كان عالما كما لو قال ان كانت
هند زوجتى فهى طالق وهو يعلم بكونها زوجته فلا فالذى ينافى منه انما هو بطلان
العقد عند التعليق مع عدم العلم بتحقق الشرط ويبقى غيره خارجا عن مقتضى هذا
الدليل وان كان بطلان العقد عند التعليق على الصفة ثبت بالاجماع عليه الرابع
ما ذكره صاحب الجواهر ره من اقتضاء ظاهر ما دل على سببية العقد اقتران مسببه
وقد عرفت الكلام عليه وهناك وجه خامس وهو ان قوله تعالى اوفوا بالعقود قد تطرق
اليه كثرة التخصيص فلم يبق لنا وثوق بدلالته فلابد من الاقتصار فى التمسك به
على المورد الذى قد تمسك فيه العلماء به والاعراض عن التمسك به فى غيره وقد اشتهر القول
فيما نحن فيه بالتنجيز واعرضوا عن الاخذ به فى المشتمل على التعليق فلا يصلح دليلا على وجوب
الوفاء بالمعلق فلابد من الرجوع الى الاصل الذى مقتضاه عدم انتقال المال او ما هو
بمنزلته عمن له تسلط عليه وهذا الوجه استند اليه جماعة من الاواخر منهم صاحب الجواهر ره
حيث قال وللشك فى شمول الاية ونحوها ونحوه ذكر بعض المعاصرين ابقاه الله ولنا به

قال

قال بعد نقل الاجماع عن كثير منا لصحيحه باشتراط التنجيز ما لفظه مضافا الى الاصل بعد
الشك فى اندراج المعلق فى العمومات ولو بعد الاعراض عنها انتهى وهذا الوجه لا مناص
منه عند من لم يثبت عنده الاجماع على وجه يصح التعويل عليه اما مطلقا ان انكر ثبوته
راسا او فى المورد الذى انكر قيام الاجماع فيه من صور المسألة فقد تحقق لدى
انه فيه ان اطلاق الادلة مثل حلية البيع وتسلط الناس على اموالهم وحل التجارة
عن تراض ووجوب الوفاء بالعقود وادلة سائر العقود كاف فى التوقف قال بعض
المعاصرين فى مقام حكاية هذا الكلام ودفعه ما لفظه وقد ناقش بالقاعدة
بعض فى قاعدة التوقيفية بان اطلاق ادلة العقود او عمومها كاف فى الخروج به عنها فلك
نفى به مع صدقها عرفا على المعلق ولكنه ممنوع لما تقدم من التبعية فيما مر وغيرها فلاحظ
وتدبر انتهى والظاهر انه اشار بقوله ما مر الى ما قدمنا حكايته من ان عموم اوفوا
بالعقود مما اصابه الوهن لكثرة التخصيص مع اعراض الاصحاب عنه فى العقد المعلق
فالدليل الموهون غير الصالح لاثبات الحكم الشرعى كيف يجوز ان يصير رافعا للقاعدة
التوقيفية كما هو شان غيرها من الاصول والقواعد وهو وجيه لما لو تحقق لدى
بل الظاهر انه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الاثر عليه اذا تحقق القصد الى التمليك العرفى
وفى الجواهر انه يكفى قصد الاثر العرفى ويتبعه الشرعى اذا جمع الشرائط ومن هنا صح
العقد ممن لا يرى صحة العقد كمتعة الذمية ونحوها انتهى ثم الظاهر ان حكم
توقيت البيع ونحوه حكم تعليقه فلا يصح بعتك هذا بعشرة او بعشرة مثلا كما عن
نص بعضهم بل قيل انه لا خلاف فيه بل هو مجمع عليه ظاهرا ولا يلزم من صحته فى الاجارة
صحته فى البيع ونحوه ومن جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب و
القبول قولى فلو اختلفا فى المضمون بان اوجب البايع البيع على وجه خاص
من حيث خصوص المشترى او المثمن او الثمن او توابع العقد من الشروط فقبل المشترى

على وجه آخر لم ينعقد اشارة بهذا اللزوم الى معنى المطابقة بين الايجاب والقبول واحترز بذلك
عن اعتبار المطابقة في اللفظ فانها غير معتبرة ولهذا قال العلامة ره في التذكرة لا يجب
التطابق في المعنى بين الصيغتين انتهى وقال ره في كتاب النكاح منها الاشتراط اتفاق
اللفظ من الموجب والقابل فلو قال الموجب زوجتك فقال الزوج نكحت او قال الموجب
انكحتك فقال الزوج تزوجت صح العقد اجماعا انتهى وقد يعبر بالمطابقة عن عدم
انفصالهما على وجه يخرج القبول عن كونه قبولا للايجاب كما وقع في كلام العلامة ره
في كتاب النكاح من القواعد قال ره بعدم اشتراط اتحاد المجلس فلو قالت زوجت
نفسي من فلان وهو غائب فبلغه فقبل لم ينعقد وكذا لو اخر القبول مع الحضور بحيث
لا يعد مطابقا للايجاب انتهى لكن ذلك معنى اخر ينطبق على اعتبار الموالاة بين
الايجاب والقبول ومن جميع ما ذكرناه يعلم ان ما عبر به المصنف ره عن معنى المطابقة
المشترطة في هذا المقام احسن مما عبر به صاحب الجواهر ره حيث قال لابد من المطابقة
بينهما بالنسبة الى المبيع والثمن لا مطلق التطابق للاتفاق على صحة الايجاب بعت
والقبول باشتريت بل الظاهر صحة قبلت النكاح مثلا لايجاب زوجتك كما عن
جماعة التصريح بل المراد المطابقة الخ مع انتفائهما ينتفي صدق القبول لذلك الايجاب
وبالعكس انتهى والوجه في ذلك انه اقتصر في اول كلامه على اعتبار المطابقة بالنسبة
الى المبيع والثمن مع انه يعتبر في المطابقة المبحوث عنها ههنا ما زاد على ذلك مما ذكره
المصنف ره وانه اعتبر في اخر كلامه صدق القبول لذلك الايجاب وهو باطلاقه يقتضي
اعتبار الموالاة بينهما مضافا الى المطابقة بحسب المعنى التي اذا اعتبرت وحدها فانما
كانت النسبة بينها وبين الموالاة عموما من وجه وليس في كلام المصنف ره مثل قوله صدق
وهو مأخوذ من اعتبار القبول وهو الرضا بالايجاب نعم انه انما اعتبر ذلك لتوقف
القبول عليه عرفا اذ المناسب انما هو قبول جميع ما وقع عليه الايجاب من جميع الثمن بجميع المثمن

وجميع

الايجاب ٢٤

جميع الشروط ونحوها مما يتضمنه العقد كتعيين السابق نعم لو كان الايجاب بمنزلة ايجابين
لا يرتبط احدهما بالآخر عرفا او بقرينة المقام فلا بأس بقبول احدهما دون الآخر فان
بعضها واخرى فقد يقع الالتباس ظاهرا في بعض المقامات ولذا وقع النزاع او الاشكال
في كثير من الصور كما لو قال لاثنين بعتكما العبد بالف فقال احدهما اشتريت او قبلت
نصفه بخمسمائة فقد قيل بانه لم يقع ولعله لكون ضمان الثمن بمعنى الحوالة وفيه ولو
قال بعتك العبد بمائة فقال المشتري اشتريت وقبلت كل نصف منه بخمسين وفيه
اشكال وعن ظ تذكرة وجملة من كتب الفاضل والقاضي وغيرهما انه لو قال بعتكما هذا
بالف فقال احدهما قبلت نصفه بنصف الثمن لم يصح لظهور ارادة الاجتماع وعن
المختلف والتذكرة الصحة وثبوت الخيار للبايع اما الصحة فلان البايع انما قصد تمليك
كل واحد منهما نصف المبيع باللفظ الدال عليه وضعا فيجب الحكم بها كما لو قال بعتكما
هذا بالف نصفه منك بخمسمائة ونصفه من هذا بخمسمائة فانه يصح عند الشيخ ره
والقاضي ولا فرق بينهما واما الخيار فلان البايع قصد تمليك كل واحد بشرط الآخر
فاذا فقد الشرط وجب الخيار وفيه ان ذلك ان تم فيقتضي بعدم الصحة وان فلا بد من كونه
في منزلة ايجابين وقبولين ولعل الفرق تعدد الصفقة عرفا في الثاني دون الاول
ولو قال لهما بعتكما هذين العبدين بالف درهم هذا العبد منك وهذا العبد من
الآخر فقبل احدهما بخمسمائة فعن ظ انه لم يصح لانه قبله بثمن لم يوجب له لان الالف مقسومة
على قدر القيمتين لا على عددهما وهو اجماع ومقتضاه الصحة مع فرض تساوي القيمتين
او كون القبول بحصة احدهما بحسب التقويم مع معلوميتها حال العقد كما هو واضح
لوضوح عدم الفرق حينئذ بين كون المبيع عبدا او عبدين اللهم الا ان يقال ان الاول يعد
عرفا ايجابا واحدا او صفقة واحدة بخلاف الثاني فانهما ايجابان او صفقتان واعتبر ظ ذلك
للاختصاص فتدبر ولو قال بعتك هذين بالف فقال قبلت احدهما بخمسمائة لم يصح

وعلى ويتى وحصلى وعبرها لما سبق ولكن عن العجز احتمال الصحة لانه وقع عقدين الا انه
ليس بشئ لان رضى البايع انما وقع على المجموع بالمجموع وعن ط انه لو قال قبلت نصف احدهما
بحصته من الثمن لم يصح اجماعا لان حصته مجهولة قيل وكذا لو قال قبلت نصفهما بنصف الثمن
عن ط انه لا الا ان الجهالة المانعة ممنوعة بل ليس المانع الا عدم التطابق ونحوها عن النهاية من
انه لو قال بعتك هذين العبدين بالف فقال قبلت نصف هذين العبدين بخمسمائة
لم يصح فتدبر ولو قال بعتك هذا بالف فقال قبلت نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة
ففي النهاية احتمال الصحة لانه تصريح بمقتضى الاطلاق ولا يخالف فيه واحتمال الفساد لان
تفصيل الثمن موجبا لتعدد الصفقة والبايع اوجب صفقة واحدة والمشتري قبل
بيعتين لم يوجبهما البايع ففيه مخالفة وربما صار بعضهم الى الاول مع احتمال الثالث
وقال في النهاية انه لو قال بعتك بالف فقال اشتريت بالف وخمسمائة فالاقوى البطلان لعدم
التطابق وعن النهاية احتمال ذلك لان كلا منهما لم يخاطب صاحبه واحتمال الصحة لوجود
الصفقة المعتبرة لذلك من كلماتهم التي لا تخلو عن نظر ولا ثمرة مهمة في التعرض لها اذ هي
في جزئيات تختلف باختلاف القرائن والاحوال والذي نظهر انه ان ظهر احد الامرين
ولو بقرينة المقام عول عليه والا فاصالة بقاء الملك وعدم انتقاله مما لا محيص عنه كما
هو واضح انتهى وذكر بعض مشايخنا انه اذا اتحد كل من البايع والمشتري والثمن والمبيع
والشروط في الايجاب والقبول تحققت المطابقة قطعا وفي غيره قد يقع الاشتباه وعلى
بيان معيار ينفع لتمييز الصحيح عن المشتبهة ويحصل ذلك في ضمن اقسام الاول ان يتعدد
الثمن وان كان المبيع واحدا كما لو قال بعتك نصف الدار بالف ونصفها بخمسمائة
وهذا القسم يحكم فيه بتعدد الايجاب والبيع ويلزمه انه لو قال قبلت نصفها بخمسمائة
كان القبول مطابقا للايجاب الثاني عكس الاول بان يتعدد المبيع مع وحدة الثمن كما لو
قال بعتك العبد والجارية او هذين بالف ويحكم فيه بوحدة البيع ويلزمه انه لو قال قبلت

بيع العبد بخمسمائة او قبلت بيع الجارية مثلا بخمسمائة لم يكن القبول مطابقا للايجاب فلم يقع
البيع وفاقا للعلامة رة في عد حيث حكم بعدم وقوع العقد لو قال بعتك هذين بالف فقال
قبلت احدهما بخمسمائة او قبلت نصفهما بنصف الثمن وقيل المحقق الثاني رة حكم بعدم الصحة هنا
على الاصح الوجهين ثم قال ويحتمل الصحة لانه في قوة عقدين وضعفه ثم افترقا في الشفعة لو احتصت باحد
ليس بشئ لان ذلك حق ثابت في البيع بالاصالة ورضاهما محمول عليه بخلاف ما هنا لان رضا البايع
انما وقع على المجموع بالمجموع انتهى الثالث ان يتعدد المشتري لا غير مثلا ان تقول بعتكما هذه
الدار بالف وحكم هذا القسم وحدة البيع فلو قال احدهما قبلت نصفها بخمسمائة لم ينعقد العقد
الرابع ان يتعدد البايع كما لو وكل احد المتشاركين في الدار شريكه الاخر فقال بعتك هذه الدار
بالف او جمع بين شيئين في البيع فقال بعتك فرسي هذه وفرس موكلي بالف فقال المشتري
قبلت نصف الدار الذي هو نصيبك بخمسمائة او قبلت بيع فرسك بخمسمائة والظاهر في
هذا القسم تعدد البيع وصحة القبول على الوجه المذكور فتأمل ولو قال بعتك هذا من
موكلك فقال الموكل الغير المخاطب قبلت صح وكذا لو قال بعتك فامر المخاطب وكيله بالقبول
فقبل وجه الصحة مع تصريح بعضهم باعتبار وحدة المخاطب في الايجاب وقابلية المخاطب لكون
القابل غير المخاطب هو ان الوكيل والموكل بمنزلة شخص واحد وليس استقلال في قيام
الوكيل مقام الموكل وصدوره عن امره وكونه نائبا عنه ومن جملة الشروط في العقد ان
يقع كل من ايجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء فلو كان ومن
جملة الشروط في العقد ان يقع كل من ايجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء فلو كان
المشتري في حال ايجاب البايع غير قابل للقبول او خرج البايع حال القبول عن قابلية الايجاب لم ينعقد
اه محصل ان للعقد حالة وحدانية فيكون بقاء الموجب على صفة الانشاء شرطا لمجموع العقد
حتى انه لو جن في حال القبول لم يصح ان يكون متصفا بصفة اهلية الانشاء وبالعكس قال
بعض مشايخنا ان هذا الكلام على اطلاقه مما يسهل اليه الاشكال لو اختلال الشرائط بحسب الانطباق

على القاعدة نفى الموت والجنون والاغماء والنوم وكل ما كان من الشرائط يوجب انتفاؤه صحة وجه من
انتفى عنه عن قابلية التخاطب هذا الكلام صحيح الوجه فيه واضح لانه يعتبر في تحقق معنى العقد
والعهد فهم كل من المتعاقدين للمعنى الذى قصده الاخر ومع الخروج عن قابلية الخطاب ينتفى عنه
ما به قوام مفهوم التعاقد والتعاهد فلو اوجب وهو كامل لكنه بمجرد فراغه من الايجاب
قبل قبول المخاطب جن او اغمى عليه او نام ثم وقع القبول في حال اتصافه بشيء من ذلك او وقت الكل
لم ينعقد العقد وكذا لو تلبس الاخر بشيء من الاوصاف المذكورة قبل تمام القبول وختم لعدم امكان
صدور القبول او صدوره في حال كون عبارته مسلوبة الاعتبار وهذا بخلاف الشرائط التي
لا يوجب انتفاؤها خروج من انتفى عنه شيء منها عن قابلية الخطاب كالرضا والبلوغ وكونه
مالكا للتصرف فان تحقق معنى العهد ومفهومه لا مانع منه فلو اوجب في حال عدم رضا القابل
لكنه حصل له الرضا بمجرد فراغه من الايجاب فاوجب وهو راض لم يكن ثم مانع من تحقق
العهد والعقد فان الموجب في حال ايجابه كان متلبسا بجميع ما يعتبر فيه حتى الرضا لانه
المفروض والقابل كان اهلا لتوجه الخطاب اليه وقد صدر اليه صاحبه واستمع ايجابه في حال
قابليته للمخاطبة فقبل في حال رضاه بالايجاب فتحقق معنى العقد ولا حاجة في تحقق مفهومه
الى ازيد من ذلك لعدم الوجدان غاية ما هناك انه حال صدور الايجاب لم يكن راضيا ولا دليل
على اعتبار رضاه في حال صدور الايجاب الى الآن فلما تلبس بالرضا في حال قبوله اذ لا دليل الا
على ان كلا منهما لابد وان يكون في حال صدور فعله مختارا في فعله راضيا بما قصده منه واما
تلبسه بالرضا والاختيار في حال صدور الفعل من الاخر فلا دليل عليه وكذا الحال فيما
لو اوجب والمشترى صبي فبلغ بعده وقبل القبول على وجه لا ينافي اتصال القبول بالايجاب
لانه باتصافه بالفهم وقابلية الخطاب في حال الايجاب تحقق معنى العقد وقد وقع منه
القبول في حال بلوغه وعبارته ليست مسلوبة الاعتبار عند الشارع وان كانت مسلوبة
الاعتبار في حال الصبى فهو من قبيل شأنه الايجاب بالعقد لتمام الاتيان بما شانه غيره وهو حال الايجاب

في حال الصبى اعنى

البايع والذى يحقق مفهوم العقد هو كونه يفهم معنى الخطاب وكونه قابلا لتوجيهه
الايجاب وهو غير فاقد لذلك ولا دليل على اعتبار البلوغ في حال صدور فعل صغيره
الايجاب من الموجب والايجاب وقع صحيحا متوجها الى من هو قابل لتوجيه الخطاب اليه ولعل لما ذكرنا
حكم في انوار الفقاهة بان اشتراط البلوغ في القابل انما هو بالنسبة الى حال تلفظه بالقبول دون
حال الايجاب نعم يعتبر العقل في القابل من اول الايجاب الى اخر القبول لانه لو لم يكن عاقلا في حال الايجاب
لم يكن قابلا لتوجيه الخطاب اليه لانتفاء الشعور عنه ومما يؤيد ما ذكرنا بعض ما عرفت في
ان تحقق مفهوم العقد والعهد غير موقوف على بلوغ القابل في حال ايجاب الموجب اذا
بلغ حال القبول هو انه ذكر من عدا العلامة ره انه يصح للصبي اجازة عقد الفضولي الواقع
على ماله في حال الصغر بعد بلوغه ولو لم يتحقق معنى المعاقدة والمعاهدة لم يكن للاجازة
وجه وكذا الحال فيما اوجب وهو محجور عليه لفلس او سفه او مرض موت او رقية
لو اوجبت المشركة التي هي من نساء اهل الحرب فاسرت واسترقت قبل القبول وكذا الحال
فيما لو اوجب المفلس وقد زال عنه الحجر فقبل صاحبه فان المفلس وان كان محجورا عليه من
حيث العقد على ما يملكه الا ان جهة الحجر انما هي خصوص جهة ممنوعية من التصرف في ماله
لا جهة نفس ايقاع العقد والا كان ممنوعا من ايقاع العقد بوكالة الغير والتالي باطل
فكذا المقدم والمفروض انه اوجب في حال يصح منه الايجاب من حيث هو ولحقه القبول
في حال مضى تصرفه في ماله فلم يبق مانع ومما يؤيد ما ذكرنا ويؤكده ان العقد الصادر
المحجور عليه لفلس الواقع على ماله حال الحكم فهو لو تنافيه بالبطلان وانما حكموا بانه يقع
موقوفا على اجازة الغرماء فان اجازوا لزم ولو كان الحجر مانعا من تحقق معنى المعاقدة
والمعاهدة لم يكن وجه للزومه باجازتهم واما ما ذكره ره من ان حقيقة الوصية الايصاء
وليست من قبيل ما يحتاج الى القبول وان القبول فيها انما هو شرط في الحقيقة ففيه
ان هذا انما يستقيم على طريقته من كون الوصية التمليكية من قبيل العقود التي

لابد فيهما من ايجاب وقبول واما ما ذكره قده من ان الاصل في جميع ذلك ان الموجب لو فسخ
قبل وقوع القبول لغى الايجاب السابق فيجوز ان كان مثل القيام الاجماع عليه ولكن يمنع
كون عروض الحجر مثله خصوصا فيما اذا كان للفلس او الرق او نحوهما مما يعين العقد
الصادر من المحجور عليه معه قابلا للحوق الاجازة منه او من غيره فان قابليته للحوق لها
دليل على تحقق معنى العقد والعهد ويدل على انتفاء الملازمة بين لغوية الايجاب بالفسخ
موجودة في العقود الجائزة انفسها مع انه لا يعتبر فيها استمرار التسلط من اول
الايجاب الى اخر القبول الا ترى انه لو خاطب الصبي بايجاب الوكالة فبلغ وقبل لم تكن
الوكالة فاسدة قطعا واما ما ذكره قده من ان الحكم في المكره الذي تعقب كراهته الرضا
انما هو على خلاف القاعدة وان صح لنص او الاجماع فممنوع بل الظاهر ان
ذلك من جهة القاعدة ولو سلمنا ذلك قلنا ان مقتضى كلامه وهو ان مقتضى القاعدة
في غير المكره عدم انعقاد العقد فقد عرفت المنع منه فكيف يحتج على ما استشهد به من
ايجاب الصبي عقد الفضولي لانه لا اشكال فيه لامكان مع التعاهد والتعاقد انما وقع
بين الاصيل والفضولي ولم تقع بين الاصيل والصبي والتعاهد انما تحقق على الثاني
دون الاول فافهم ثم ان ما ذكره من ان كون حقيقة الوصية هو الايصاء وكون
القبول فيها شرطا في الحقيقة مخالف لما استقر عليه طريقتهم من كون الوصية
التمليكية من قبيل العقود التي لا بد فيها من ايجاب وقبول وقد وقع بالتصريح انهم لم
ينكروا كون الوصية مما يعتبر فيه الايجاب والقبول الا انه يمكن ان حقيقة القبول وما
به قوامه انما هو الشرطية بدلالة ما استشهد به وذلك ليس منافيا لما قام عليه
الاجماع اذ لم يقم الا على انه لا بد من الايجاب والقبول وهو لا ينافي كون القبول شرطا في
الحقيقة فتدبر فروع منها لو اختلف المتعاقدان اجتهادا او تقليدا في شروط الصيغة
فهل يجوز ان يكتفي كل منهما بما يقتضيه مذهبه ام لا وجوه ثالثها اشتراط عدم

كون

كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا في النقل كما توضيح ذلك في ضمن المثال وهو انه
لو كان البائع ممن لا يشترط العربية في العقد والمشتري يشترطها فهل يجوز ان يعمل
كل منهما بما يقتضيه مذهبه ويوقعا العقد بمقتضى المذهبين بان يوجب البائع
بالفارسية مثلا ويقبل المشتري باللفظ العربي فيصح العقد في حقهما جميعا فيه
وجوه احدها انه يجوز ذلك فيصح العقد في حقهما جميعا مطلقا سواء لزم من عمل
كل منهما على مقتضى مذهبه كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا في النقل ام لا
ثانيها انه لا يجوز ذلك ولا يصح في حقهما جميعا مطلقا ثالثها انه ان لم يلزم كون
العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا صح واثر في حقهما وان لزم ذلك فلا
مثاله ما لو قال المشتري بجواز تقديم القبول على الايجاب لكنه لم يجوز العقد بالفارسي
وقال البائع بجواز العقد بالفارسي فقدم المشتري القبول باللفظ العربي عملا
عن مذهبه واوجب البائع بالفارسي عملا عن مذهبه فحصل من ذلك عقد فارسي
مقدم القبول ومعلوم ان القائل باشتراط العربية يعتبرها في جميع العقد المركب
من الايجاب والقبول فمع كون الايجاب فارسيا لا يكون العقد صحيحا بل يصح
صدق العقد بالفارسي في الجملة فهو يحكم بفساد العقد المذكور من هذه الجهة
والقائل بوجوب تأخير القبول عن الايجاب يحكم بفساده من جهة تقدم
القبول بهذا واعلم انه يمكن هنا تحرير المسألة بوجه اخر وهو انه اذا وقع احد
المتخالفين في الفتوى العقد على مقتضى مذهبه فهل يجوز للاخر ترتيب الاثار
عليه مع كونه مخالفا له في الفتوى وهذا التحرير يحرر في مبحث ثبات مسألة نقض
الفتوى المقررة في الاصول وحاصل البحث فيها ان الفتوى هل هي كالحكم في تحريم نقضها
في حق غير المفتي وغير مقلديه ام لا فلو اشترى ثوبا بالعقد الفارسي وجاز لمن
يرى بطلان العقد الفارسي ان يلبس ذلك الثوب في الصلاة باذن المشتري ام لا

وان كان لا يجوز له ان يشتري ذلك الثوب من البايع ما دام المشتري مسلطا عليه
عن رافع يده لما لا يجوز لمن يرى ان الرضعات العشر تنشر الحرمة ان يتزوج
امرأة هي تحت من هو رضيعها بتلك الوجوه وقد تزوجها لكونه يرى ان العشر لا
تنشر الحرمة ما دامت هي تحته لتحري حال [illegible] على ان اهل الكتاب يجب الزامهم بما
الزموا به انفسهم فانه اذا لم يجز التزوج بنسائهم التي تحتهم وشراء ما اشتروه من
المالك الاول السابق عليهم لم يجز هنا بطريق اولى ولكن كلام المصنف هنا ناظر
الى غير ذلك الغرض والى جهة غير الجهة الملحوظة في تلك المسألة فان البحث هنا
انما هو في جواز اكتفاء كل منهما بما يراه صحيحا وانه يحصل من المجموع عقد صحيح
في حقهما ام لا وان كان لا يمكن ارجاع صحة فعل من كان فعله موافقا لما هو القدر
المتيقن من الحكم في المسألة من حيث صحة العربية المعتبرة من جهة الاطراف لفعل
الاخر المخالف للجهة التي اعتبرت في تلك المسألة مثلا لو فرض ان القابل يعتبر العربية
في العقد واتى بالقبول على اللغة العربية وان الموجب يجوز العقد بالفارسي
وقد اجيب به فصحة القبول العربية المعتبرة باعتبار الانضمام الى الايجاب الصحيح
لا تتحقق الا بان يقال انما هو صحيح عند من يكتفي بالايجاب بالفارسي فيما نحن فيه
يجب على غيره من المفتين ترتيب اثار الصحة عليه وبذلك الاعتبار تتحقق صحة ترتيب
القبول ممن يعتبر العربية في العقد على الايجاب الواقع بالفارسي الا ان صحة
فعل من وقع الخلاف والشك في فعله كالايجاب بالفارسي غير منوطة بفعل من فعله
صحيح على كل قول وعلى كل حال فلا يتوقف صحته على الجهة المعتبرة في تلك المسألة
حتى يرجع اليها مضافا الى ان متعلق الكلام تختلف بحسب المقامات وليس جهة الكلام
التي اراد البحث عنها الا ان كلا منهما يجوز ان يكتفي بما هو مقتضى مذهبه فيعمل عليه ويحصل
منهما عقد صحيح في حقهما وهذه الجهة جارية في الطرفين حتى في فعل من كان

فعله

فعله موافقا لما هو القدر المتيقن في الحكم لانه يرجع البحث الى ان التالف من المختلفين في
انضمام احدهما الى الاخر هل يفيد في حصول العقد صحته ام لا فكيف يردونها الا على
نظير ما قيل في مسألة عدم جواز تبعيض التقليد من انه اذا بعض فيه واخذ حكم بعض الاجزاء
او الشرائط او الموانع في الصلاة من بعض وحكم بعضها من بعض اخر فقد يحصل في مقام
العمل فعل خاص خارجي لم يقل احد من المجتهدين بكونه صلاة صحيحة فيكون فعله خارجا
عن الشريعة ويحصل العلم الاجمالي بفساده وان لم يعلم سببه بخصوصه ومعلوم ان بقول
التعبد على ما ليس بعبادة في الشرع باطل ومثله يقال فيما نحن فيه فانه اذا حصل عقد مركب
بصحته احد يحصل العلم الاجمالي بفساده وان لم يعلم سببه بخصوصه ولكنه مدفوع بان المامور
به في الشرع انما هو الرجوع الى المجتهد في الاحكام الكلية كجواز الاكتفاء بالتسبيحات الاربع
مرة واحدة وجواز محاذاة المرأة في الصلاة ونحو ذلك وليس خصوص ما حصل للاخذ
من المجتهدين من انضمام بعض فتاويه في الاحكام الكلية الى بعض متعلقا بخصوصه في الشرع حتى
يلزم من العلم الاجمالي بكون صلاته الخاصة الواقعة بالكيفية الخاصة الحاصلة للمقلد
من انضمام فتوى مجتهدين غير مطابقة للكيفية الخاصة الحاصلة للصلاة عند احد
المجتهدين بطلانها والحكم عليها بعدم الصحة مضافا الى انه قد يقال انه لا دليل على اعتبار
العلم الاجمالي الا ان يؤدي الى مخالفة العلم الاصولي التفصيلي او يستلزم مخالفة خطاب
تفصيلي وقد علمنا عدم حصول شيء منهما في المقام فوليس والا ولانه مبنيا على ان الاحكام
الظاهرية للمجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية فالايجاب بالفارسي من المجتهد
القائل بصحته عنده من يرى صحته بمنزلة اشارة الاخرس وايجاب العاجز عن العربية كصلاة
المتيمم بالنسبة الى واجد الماء ام هي احكام عذرية لا يعتبر فيها الا من اجتهد فيها قلت
هذان الوجهان يبنى عليهما الخلاف في اقتضاء الاوامر الظاهرية للاجزاء فعلى الاول لا بد
من اقتضائه الاجزاء كان الامر بالتيمم في حق من كان متلبسا بشرائطه مقتضيا له الذي في الواقع

٢ باطلام

ح ملطفا الا بالتيمم وقد امتثل بما هو مامور به فلا بد من سقوطه عن ذمته وعلى الثاني لا مجال
لا قتضائه ذلك لان امر الشارع انما اراد الواقع فان اصاب احد فذاك والا كان معذورا
من جهة عدم تمكنه من الواقع الذي هو مغاير لما حصل له من الفتوى لحكم الفرعي ما دام
غير متمكن من الوصول الى الواقع بلا كلفة في التكليف بالاطلاق وهذه المعذورية انما
لما ذكره لا تقتضي صيرورة ما حصل له حكما شرعيا حتى يوجب امتثاله من حصول المامور به
المستلزم للاجزاء فتخصيصه من جهة كونه هو الذي يجري فيه التكليف بالاطلاق لو كلف
بغيره بالفعل في حكم مقلده واما غيرهما ممن حصل له غير تلك الفتوى من المجتهدين
او افتقر اثره من المطلقين فلا يجري في حقه التكليف بالاطلاق لو لم ياخذ بتلك الفتوى
وهذا المبنى يجري فيما نحن فيه بل قد يقال ان عدم الاجزاء هنا اولى من عدمه في العبادات
لان البيع والاجارة ونحوهما من المعاملات وما يتبعهما من الاثار امور واقعية فاعتقاد
ان هذا بيع صحيح مع كونه فاسدا في الواقع واعتقاد ان هذا مال زيد مع كونه مال
عمرو في الواقع لا يصير ما ليس ببيع بيعا ولا يصير ما ليس بمال زيد مالا له فالحكم فيها
على خلاف في العبادات فانها منوطة بامر الشارع ولكن فيه ما لا يخفى لكونهما على حد
سواء لان العبادات موضوعات واقعية مشتملة على مصالح واقعية علم بها الشارع فامر بها
وكذا البيع والصلح والاجارة ونحوها من المعاملات فانها وان كانت سابقة على شرع
نبينا ص الا ان الشارع الخبير بالاسرار المطلع على ما وراء الاستار وجد الصحيح منها
خواص واثار فامر بترتيب الاثار عليه ونهى عن ترتيب الاثر على غيره فلو سلم هذا
لما اذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستندا الى فعل الاخر كالصراحة
والعربية والماضوية واما الموالاة والتنجيز وبقاء المتعاقدين على صفة صحة الانشاء
الى اخر العقد فالظاهر ان اختلافهما يوجب فساد المجموع هذا الكلام اشارة الى التفصيل
فيما بين الشروط وبعضها حاصله ان الاختلاف في الشروط الثلثة المذكورة يوجب فساد العقد

من دون ان يبني على المبنى المذكور فيحكم بالفساد فيها على الكل من تقديم بعض على الكل من الوجوه
الثلثة في غيرها واما غيرها ففيه تلك الوجوه الثلثة التي في الوجوه الاولى لان مبناها على
ان الاحكام المجتهد فيها هل هي احكام واقعية اضطرارية ام هي امور عذرية في
فان الموجب اذا علق مثلا ولم يبق على صفة صحة الانشاء الى زمان القبول باعتقاد
مشروعية ذلك لم يجز من القائل بطلان هذا تعقيب هنا الايجاب بالقبول وكذا القابل
اذا لم يقبل الا بعد فوات الموالاة بزعم صحة ذلك فانه يجب على الموجب اعلام ايجابه
اذا اعتقد اعتبار الموالاة هذا الكلام تعليل للحكم الذي افترقت به الشروط الثلثة
المذكورة عن غيرها وهو فساد العقد بوقوع الاختلاف فيها بين المتعاقدين في
اعتبار شيء منها وعدمه ولا بد من ان يكون ناهضا بافادة الفرق بينها وبين غيرها
مما ذكر من الصراحة والعربية والماضوية والترتيب بين الايجاب والقبول ولكن
يتجه عليه بحسب الظاهر انه غير واف بذلك لان غير الثلثة ايضا يجري فيه هذا
التعليل وذلك لان للقائل ان يقول ان الموجب اذا اتى بالايجاب بصيغة
المضارع باعتقاد مشروعية ذلك لم يجز من القائل بطلان هذا تعقيب هذا
الايجاب بالقبول ولكنه بعد التامل في مقالة هذا الكلام نقول هذا اذا كان
بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستندا الى فعل الاخر كالصراحة انه يظهر
حقيقة مقصوده رض على وجه يتضح به الفرق بين قسمي الشروط وبيان ذلك انه اذا
اوجب الموجب بصيغة المضارع مثلا واتى القابل بالقبول بصيغة الماضي فقد
وقع العقد بجزئيه اعني الايجاب والقبول ولو فرض فيه بطلان عند القابل لكن
الاخير جهة فعل الموجب وهو ايجابه بصيغة الماضي المضارع والا فليس في فعل
القابل خرازة اصلا لعدم كونه بنفسه فاقدا لشرط معتبر فيه نعم يصح انتزاع صفة
للقبول باعتبار متعلقه الذي هو مصاحبه وملابسه اعني الايجاب فيقال [illegible]

القابل ان هذا القبول فاسد الايجاب كما هو الشان في كل من امرين لا تحد بهما ملابسة
بالنسبة الى الاخر فقال في شان زيد اللئيم اذا كان اخوه كريما ان يد الكريم الاخ لكن
ذلك لانه ليس من قبيل الاوصاف الاصلية الثابتة للموصوف من حيث هو ومعنا
الفرق في هذا المقام انما هو الوصف الاصلي فبع القسم الاول الذي منه مثال الايجاب
بصيغة المضارع لا يثبت عند القائل للعقد فساد الا من جهة الايجاب ولا يثبت
للقبول من حيث هو وصف الفساد وان ثبتت له الصفة المنتزعة باعتبار تعلقه
الى الاخر بهما وهذا بخلاف القسم الثاني فان انتفاء كل من ارادة التمليك يوجب
انتفاء وصف اصلي من العقد الذي احد جزئيه القبول فلا يجوز للقابل مثلا
تعقيب الايجاب بقبوله لذلك فخرجه وان لم يصرح بان عدم جواز تعقيب
القابل للايجاب المذكور بالقبول انما هو لفوات الوصف لكن لما صرح في القسم
الاول بانه ليس هناك عند القائل مثلا وجه فساد في العقد سوى فعل الموجب
الذي لا يحصل منه سوى الوصف المنتزع علم ان القسم الثاني لا بد فيه من وجه
وجه فساد ليس على حد وجه الفساد في الاول بان ينتفي عنه وصف اصلي هذا هو القول
على وجه الكلي واما بيان كون انتفاء كل من الافراد موجبا لانتفاء الوصف فهو ان
الموالاة لا تحقق لها بحسب ملاحظة مادتها وهيئتها معا الا بين الاثنين فهي صفة
منتزعة بين الايجاب والقبول تتصف ايضا بها وبانتفائها يزول من كل من
الايجاب والقبول وصف اصلي وليس من قبيل ما كان بطلان العقد عند واحد
منهما مستندا الى فعل الاخر لفوات وصف من العقد ومن كل من الايجاب والقبول
بفوات الموالاة عند القائل باعتبارها في العقد واما التنجيز فانه وان لم يكن بصيغة
مفعل لمعنى يجري بين الاثنين كالموالاة الا ان التعليق في احد الطرفين من الايجاب
والقبول يسري الى تمام العقد لكونه امرا معنويا يتغير به المعنى وليس كالاوصاف

اللفظية

اللفظية التي لا تسري من احدهما الى الاخر كالماضوية المتصف بها الايجاب فقط فانها
لا تسري الى القبول الذي لم يقع بصيغة الماضي بخلاف التعليق فانه يسري الى صاحبه
والى تمام العقد مثلا لو قال الموجب ان جاء زيد يوم الجمعة فقد بعتك كذا بكذا او
قال لصاحبه قبلت البيع فان القبول يصير قبولا منه كذلك لانه قبول بيع معلق على مجيء
زيد يوم الجمعة فمع انتفاء مجيئه ينتفي الايجاب وكذا القبول فلا ايجاب ولا قبول كذلك الانشاء
يصير مجموع العقد اعني المفهوم الحاصل من الايجاب والقبول المعبر عنهما بالعقد متزلزلا
وبعبارة اخرى بهذه المعاقدة والمعاهدة الخاصة متزلزلة وعند انتفاء المعلق عليه تنتفي
المعاهدة الخاصة ولا استبعاد في سراية بعض الاوصاف من احد المتصاحبين الى الاخر
لان ذلك ليس بعزيز وجوده فان حلاوة السكر تسري الى الماء عند مصاحبته له في المجانسة
تسري من المتخلل الى ما فيه كما تسري من الجزء المتصل الى الكل واما انتفاء المتعاقدين على صفة
صحة الانشاء فالامر فيه اوضح مطلقا عند المصنف حيث انه يرى ان العقد متصف بصفة
الوحدانية بمعنى ان كونهما متصفين بصفة صحة الانشاء من اول الايجاب الى اخر القبول
شرط في صحة العقد وتمامه فاذا خرج احد المتعاقدين عن صفة صحة الانشاء فقد
انتفى ما هو شرط في تمام العقد وانتفى بانتفاء شرطه بل لا تحقق للمعاقدة والمعاهدة مع عدم
انتفاء البقاء على صفة صحة الانشاء عند القائل باعتباره على ما عرفت من البيان في كلام المصنف (ره)
وانت ان هذا الوجه لا يجري عند ناظم بل في بعض الشروط كما عرفت البيان في كلامنا فتدبر
قوله فتامل الظاهر انه اشارة الى توجيه ما ذكره من الفرق بين القسمين وذلك لان
الموالاة وان كانت بصيغة المفاعلة الا انها من حيث اعتبارها بين المتبايعين ليس معناها
بحسب التدقيق والتحقيق الا عبارة عن لحوق المتاخر بالمتقدم واتصاله به من غير فصل
انه ليس للمتقدم خصوصا بعد وجوده حالة يصح معها اسناد الاتصال اليه فانه اذا فرض
ان زيدا جاء وجاء بعده عمرو بلا مهلة ووصف مجيئهما بالموالاة لم يكن معناه الا

الحقيقة

عمرو الحق زيد بلا مهلة اذ ليس لي بفعل اختياري في اتصال مجيئه بمجيء زيد ففي
لا يبقى للمتقدم الا وصف منتزع من لحوق المتأخر به بلا مهلة واما التنجيز فنقول فيه
ان ما ذكر في توجيه الفرق بينه وبين القسم الاول من كون التعليق يسري الى
صاحبه وكذا الى مجموع العقد حتى في الجملة الا ان الساري ليس هو عين ذلك الوصف
الحقيقي وانما الساري امر منتزع عنه لا تدقيق وليس فاصلا وان شئت توضيح
ذلك فانظر في المثال الذي تقدم ذكره بعين التبصر والاعتبار وهو ما لو قال
الموجب ان جاء زيد يوم الجمعة فقد بعتك كذا بكذا فقبل القابل ذلك البيع
فان القبول منجز لكنه قبول ايجاب معلق والقبول المنجز المتعلق بالايجاب المعلق
لا يصير بسبب تعلقه به معلقا حقيقة وانما يصير معلقا على الحقيقة اي على نفس
القبول فقال ان جاء زيد قبلت وعلى هذا فلو قيل ان القبول معلق بمعنى ان في
الايجاب تعليقا فاذا تحقق المعلق عليه تحقق الايجاب واذا تحقق تحقق قبول المتعلق
به والا فمعنى التحقيق قبول البيع المعلق على مجيء زيد يوم الجمعة ليس معلقا في الحقيقة
ومن هنا علم ان ما نحن فيه ليس من قبيل الماء المخلوط بالسكر والماء الملاقي للماء
المتنجس واما البقاء على صفة صحة الانشاء فنقول انه لو كان صفة لمجموع العقد كانت العربية
مثلا انفكاك فان قيل ان بقاء الموجب حال القبول على صفة صحة الانشاء لازم قلنا
ان عربية قبول الايجاب العربي لازمة وكذا العكس ضرورة ان من يشترط العربية فانما
يعتبرها في جميع العقد المؤلف من الايجاب والقبول دون شيء منهما وحده في العقد
في الجملة اذ لم يقل بها احد مسئلة لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد قوله
لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه وكان مضمونا عليه اما عدم الملك فلانه مقتضى
فرض الفساد اعلم ان هذا الحكم اعني عدم تحقق الملك للمقبوض بالعقد الفاسد قد نفى
صاحب الجواهر ره عنه الخلاف واستدل عليه بالاجماع بقسميه وبالاصل بعد فرض

بطلان

المعاطاة

بطلان السبب الذي اريد الانتقال به وفرض عدم ارادة غيره من اسباب الملك حتى
بناء على انها منها ضرورة ظهور حال تعرضهما للعقد في ارادة الملك المترتب عليه وان
كان قد رضيا بالتقابض لانه علم انه من مقتضيات ما اوقعاه من العقد واثاره لا لانه
انشاء مستقل قصدا ترتب الاثر عليه انتهى والمصنف اشار الى هذا الحكم الذي لو دفع
ذلك لانه مقتضى فرض الفساد لم يتعرض للاصل وعدم ارادة غير العقد الى غيره من اسباب
الملك او نحو ذلك لان معنى كونه مقبوضا بالبيع ان السبب انما هو ما حكم بفساده ثم ان
صاحب الجواهر ره في هذا المقام جعل اطلاقهم عدم الملك للمقبوض بالبيع الفاسد مع حصول
التقابض المحصل للمعاطاة في ضمنه دليلا على فساد المعاطاة عندهم حيث قال تعليل العبارة
المذكورة بدون فصل نعم لو علم منهما ولو بالقرائن بعد ذكرهما العقد عدم ارادتهما
ذلك بل قصد الانشاء بتقابضهما وارادة حصول الملك او الاباحة جرى عليه حكم
المعاطاة ولكنه خارج عما نحن فيه وبذلك ظهر الفرق بين البيع الفاسد و
المعاطاة لكن قد عرفت سابقا ان قصد التملك العقدي غير مشخص مع فرض تحقق
البيع بالمعاطاة التي منها الصيغة الملحونة مثلا على ان الاصحاب قد اطلقوا عدم
الملك به وان لم يكن قصد الا على البيعية فهذا شاهد على عدم صحة بيع المعاطاة
عندهم ومن هنا تجد اطلاقهم عدم الملك انتهى واشتهر حيث بان المعاطاة لو كانت
عبارة عن مطلق التقابض ولو كان حاصلا مع الصيغة الملحونة ونحوها
من افراد العقد الفاسد كما يراه المحقق والشهيد الثانيان كانت الدلالة اطلاقهم
عدم الملك في المقبوض بالبيع الفاسد على عدم صحة المعاطاة وجه من حيث
انها لو كانت صحيحة كانت مملكة فيحصل الملك بها ولم يكن لاطلاق القول
بعدم الملك وجه ولكن الذي يعلم من كلماتهم قطعا هو ان المعاطاة عبارة
عن التقابض الذي ينشأ به البيع اما عند فقد العقد راسا او عند علم المتبايعين بفساده

وانشائهم البيع بالتعاطي من رأس واما عند وجود العقد الصحيح لكن مع اعراض العاقد
عنه وانشائه البيع بالتعاطي فان قلت ان كان الاعراض بعد استكمال العوض العقد
ايجابا او قبولا بالشرائط المقررة في الشرع لم يكن ذلك الاعراض مفيدا وكان السبب هو
العقد دون التعاطي لعدم ترتب الاثر عليها بعد صيرورة المال ملكا للمشتري القابض
ويحكم بلزوم البيع ح لكونه حاصلا بالعقد لعينه كذلك وان كان قبله صار العقد
فاسدا بعدم استكماله والرجوع في اثنائه فلا وجه لجعله قسما ثالثا قلت انما يصح
تصويره فيما لو كان صحة العقد موقوفة على القبض كما في الصرف وقد وقع العقد
فاعرض العاقد عن عقده ح فانشاء البيع بالاقباض فانه هنا يصير قسما ثالثا
في المفروض دون غيره ولا ريب ان القصد في الافعال المحتملة للوقوع على جهات
او وجوه اسبابا كانت في الشرع ام لا من جملة المميزات التي يترتب عليها الاثار
بل قد تتفاوت مدارج الاثر كالضرب اليتيم بقصد التاديب او الايذاء وان اقباض
الدراهم والدنانير يحتمل الوجوه كاداء الدين او اقباض ثمن المبيع بالفعل فلو باع
الاثمان بالاثمان ثم بدا له في البيع فقصد باقباضه اداء دين لصاحبه عليه او اقراضه
او غير ذلك كان العبرة بقصده ولا مجال لانكار ذلك فقد تحصل لك بعد ما ذكرناه
البناء ان اطلاقهم القول بعدم صيرورة المقبوض بالبيع الفاسد ملكا للمقبض على
انهم لا يريدون تمام ملكه لان الدلالة على ذلك انما تحقق بعد كون التعاطي عبارة عن مطلق
التقابض حتى يحصل في ضمن البيع الفاسد ايضا وقد عرفت منعه [illegible] واما
الضمان فهو كون تلفه عليه وهو احد الامور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد فهو
المعروف وادعى الشيخ ره في باب الرهن وفي موضع من البيع الاجماع عليه صريحا وتبعه
في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد واعتمد نحو عن ناصي في نهاية الاجماع على ضمان
المقبوض بالبيع الفاسد عاما من الخلاف انه اذا اشترى جارية بيعا فاسدا فوطئها

فانه

فانه لا يملكها ووجب عليه ردها وعليه ان كانت بكرا عشر قيمتها ونصف العشر ان كانت
ثيبا باجماع الفرقة واخبارهم قال ان مورد كلامه ره وان كان خاصا الا ان من
المعلوم ان سبب الحكم بالضمان انما هو كون البيع فاسدا ولا خصوصية للمورد
وعلى ما هو المذكور من ان البيع الفاسد لا يفيد ملكية المشتري للمعقود عليه سواء
كان فساده من اصله او باقتران شرط فاسد وبسبب اخر ولو قبضه لم يملكه بل
بالقبض ولو تصرف فيه لم ينفذ تصرفه فيه عند علمائنا اجمع انتهى وكذلك يجب
بان هاتين العبارتين ليستا نصين في الضمان فانهما انما تدلان عليه بعد
دعوى استلزام عدم الملك وجوب الرد كما في الاولى وعدم الملك بالقبض
مع عدم نفوذ التصرف للضمان ثم ان صاحب الجواهر ره قد نفى وجدان الخلاف فيه
وادعى عليه الاجماع بقسميه واستدل عليه مضافا الى ما ذكره المقدس بعموم
تسلط الناس على اموالهم التي في ايدي غيرهم سواء كانت موجودة او تالفة وقد اورد
عليه بعض من عاصرناه بان مؤدى قولهم الناس مسلطون على اموالهم ليس الا ان
لهم ان يتصرفوا في اموالهم بما شاؤا من الوجوه التي قررها الشارع وجعلها اسبابا
في النقل الى غيرهم او استيفائها ثانيا من غيرهم ومن المعلوم ان اضافة الاموال اليهم
تقتضي وجود اموال مضافة اليهم وقد جعل الشارع لهم التسلط في هذا الموضوع
الموجود فعند انتفائه ينتفي الحكم وينتفي وجه التسلط الذي قرره الشارع وقف
بعد بهذا الحديث الاشارة الى ذلك فيكون ضمان التالف عين صنف به قضى
من الوجوه الجعلية الخارجة عن مجعولات الشارع المشار اليها ولكن يمكن منع
ذلك بدعوى انه لم يخرج بالتلف عن ملك المالك الاول والتسلط على كل شيء
انما يصير بحسب حاله فالتسلط على التالف عبارة عن التسلط على اخذ بدله
ثم ان الشهيد ره في غاية المراد حكى الخلاف في المسئلة عن ابي ادريس ره في باب البيع وحكى

العلامة ره في لف وسيكون عبارته في التنبيه السابع في ذيل قول المصنف ره ثم انهم
في تعيين القيمة اه فوكس وليك عليها التنبيه على ان على اليد ما اخذت حتى تؤدي الكلام
في هذا الحديث يقع تارة بالنظر الى سنده واخرى بالنظر الى دلالته اما الاول
فقد اشار المصنف ره الى ما يحصل عن شرح القواعد انه مجمع على مضمونه فشهرته تغني
عن النظر الى سنده واما الثاني فتحصل القول فيه انه لو اريد بما تقتضيه مواقع
الفاظه على قانون الوضع كان معناه ان ما هو مقبوض باليد ومأخوذ بها
مضمون عليها ما دام متناولة لم يؤده الى غيره وبعد ملاحظة ان مقتضى شأنه
انما هو بيان الاحكام لا بد من صرفه الى الخصوصي ما كان من غير البين سيما حكما
شرعيا وضعيا كان ام تكليفيا وذلك ثم بيان امرين احدهما ان اليد هنا عبارة
عن صاحبها باعتبار الاستيلاء او القهر والغلبة والاول اعم من الثاني
وارادته من اللفظ اظهر يعني على المستولي على شيء ضمانه وهذا نظير التعبير عن
الربيئة بالعين وعن الترجمان باللسان وعن المستمع خصوصا عند المبالغة
في كمال استماعه بالاذن وثانيهما انه لما كان الموصول المذكور فيه عبارة عن الذات
وليست صالحة لتعلق الحكم الشرعي بها فلا بد هناك من تقدير فعل متعلق
بالذات حتى يتعلق به الحكم الشرعي كالحفظ والضمان او الرد والاداء وح فقد يتخيل
انه يجب الحكم بالاجمال هيهنا لدوران الامر بين الافعال المذكورة او لا
مرجح لبعضها على بعض لكن التحقيق كما وقع الاشارة اليه في كلام بعضهم هو
ان الاخيرين غير صالحين للتقدير في هذا المقام لعدم ملائمتهما للغاية
المذكورة في ذيل الكلام اذ لا معنى لقولنا على اليد اداء ما اخذت او رده ما اخذت
حتى تؤدي فتعين احد الاولين وح نقول ان تحقق مرجح لاحدهما تعين
والا لزم الحكم بالاجمال لان مقتضى تقدير الاول هو افادة الحديث الحكم التكليفي

ومقتضى

ومقتضى تقدير الثاني هو افادته للحكم الوضعي لكن الانصاف تحقق المرجح لانا اذا عرضنا
مثل هذا الخطاب على العرف لم يسبق الى اذهانهم سوى كون عهدته المأخوذ باليد
ضمانه عليها ومن المقرر في محله انه ان تيسر تحصيل مراد المتكلم بما يفهمه اهل العرف في
خصوص كلام مكان ذلك هو المقصد الاصلي ولهذا يقدم ما يفهمونه من خصوص
الخطاب الشخصي على ما يقتضيه القواعد العامة المقررة في مباحث الالفاظ وهذا واضح
مضافا الى ما ذكره المصنف ره من ان الظرف اذا اسند الى مال من الاموال كان ظاهرا في
الحكم الوضعي كما يقال عليه دين فان لفظة على ح لمجرد الاستقرار في العهدة عينا
كان او دينا وزاد بعض من تأخر في هذا المقام انه لو كان المقدر هو الحفظ لم يحسن التعبير عن
الحافظ باليد لان الحفظ لا يكون بها حتى يبتني على قاعدة التعبير عما به قوام المعنى كما في
التعبير عن الربيئة بالعين بخلاف الضمان باعتبار انه يقتضي دفع المضمون به واعطائه و
هو انما يتحقق باليد وان اعيان العلماء من العامة والخاصة من قديم الزمان فهموا من
الحديث معنى الضمان واستدلوا به عليه وانت خبير بما فيهما اما الاول فلان التعبير
باليد انما هو مبني على كون قوام الاخذ به وهو كاف في ثبوت نكتة في التعبير بها
مع ان قوام معنى الضمان الذي يقتضيه ليس باليد وارجاعه الى الاعطاء والدفع تكلف بين
لا يفضي اليه الاذهان واما الثاني فلما ستعرفه ان شاء الله من حصول خلاف ممن
هو من الاعيان كالشيخ ره والعلامة ره هنا واعلم ان الذي تحصل من كلام اصحابنا
في كيفية دلالة الحديث ومقدارها ثلاث طرق احدها انه يدل على الحكم التكليفي وان
متعلقه انما هو حال بقاء العين ولا يفيد حكم ما بعد تلفها وهؤلاء بين فرقتين
احديهما انه لا يحصل منه الا وجوب رد العين في حال بقائها وهذا هو الذي يعطيه
كلام الشيخ ره في ط حيث قال تحريم الغصب معلوم بالادلة العقلية وبالكتاب والسنة
والاجماع قال الله تعالى لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم

والغصب ليس عن تراض وقال تعالى ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما انما يأكلون
في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا ومن غصب مال اليتيم فقد ظلم وقال الله تعالى ويل لل
مطففين الذين اذا اكتالوا على الناس يستوفون واذا كالوهم او وزنوهم يخسرون
وما اشبه ذلك وروى انس عن النبي صلعم انه قال لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه
وروى الاعمش عن ابي وائل عن عبد الله بن مسعود ان النبي صلعم قال حرمة مال المسلم
كحرمة دمه وروى عبد الله بن السائب عن ابيه عن جده عن النبي صلعم انه قال لا يأخذن
احدكم متاع اخيه جادا ولا لاعبا من اخذ عصا اخيه فليردها وروى يعلى بن مرة
الثقفي ان النبي صلعم قال من اخذ ارضا بغير حقها كلف ان يحمل ترابها الى المحشر وروى
عنه صلعم انه قال من اخذ شبرا من الارض بغير حقه طوقه يوم القيامة من سبع ارضين
وروى عنه صلعم انه قال ليأتين على الناس زمان لا يبالي الرجل بما اخذ مال اخيه بحلال
او حرام وروى عن الحسن عن سمرة ان النبي صلعم قال على اليد ما اخذت حتى تؤدي
والاجماع ثابت على ان الغصب حرام فاذا ثبت تحريم الغصب فالاموال على ضربين
حيوان وغير حيوان فاما غير الحيوان فعلى ضربين ما له مثل وما لا مثل له والمثل
ما تساوت اجزاؤه ومعناه تساوت قيم اجزائه فكل هذا له مثل كالحبوب والادهان
والنقود والاقطان والخلول التي لا ماء فيها والاعناب ونحو هذا كله له مثل فاذا
غصب غاصب من هذا شيئا فان كان قائما رده وان كان تالفا فعليه مثله لقوله تعالى
فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان مثله يعرف مشاهدة وقيمته
تعرف بالاجتهاد وما يعلم يقدم على ما يجتهد فيه ولانه اذا اخذ المثل اخذ وفق
حقه واذا اخذ القيمة ربما زاد او نقص فكان المثل اولى فاذا ثبت انه يقضي بالمثل
فان كان المثل موجودا طالبه به واستوفاه وان اعوز المثل طالبه بقيمته انتهى فان
ذكره في عداد ادلة حرمة الغصب دليل على انه فهم منه معنى قولنا على اليد اداء ما اخذت

وهو

وهو وجوبه والا فلا يستفاد منه ضمان المأخوذ من اخذه ويؤيده انه استدل على ثبوت
المثل بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم الآية ولم يستدل بالحديث المذكور وان كان يمكن
المناقشة في هذا التأييد بان الاستدلال على ثبوت المثل بالآية انما هو في مقابلة
ثبوت القيمة كما يظهر عنه ما استدل به بعد الآية واوضح من كلامه ره في الدلالة على
المراد به وجوب رد المأخوذ ما دام موجودا عبارة العلامة ره في التذكرة حيث قال
وبالجملة كل متلف عينا بالمباشرة فانه ضامن لها يجب عليه رد مثلها ان كانت من
ذوات الامثال وان كانت من ذوات القيم وجب عليه القيمة لقوله تعالى فمن
اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وكل من يثبت يده على مال الغير
ولا حق له في امساكه وكان المالك باقيا وجب عليه رده على مالكه بلا خلاف لقول النبي
على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولان حق المالك متعلق على الشيء والمنة لا تتحقق
الا بوصوله اليه انتهى وثانيهما ما يفيده كلام الفاضل النراقي ره في العوائد من ان
المراد وجوب حفظ المال الى ان يرده الى مالكه نظرا الى ان تقدير الحفظ هنا متعين
فيلزم دلالته على بيان الحكم التكليفي الذي هو الوجوب لكن متعلقا بالحفظ دون
الرد وذلك لقيام القرينة في مقام على ذلك فان التقييد بالغاية اعني قوله
حتى تؤدي انما يلايم بكون الحكم هو ثبوت الضمان الى حين الاداء ولا وجوب الاداء الى
حين الاداء وذلك لان عائد الموصول محذوف وهو مفعول اخذت وكذا
مفعول تؤدي فالتقدير انه على اليد ما اخذته حتى تؤديه اي خصوص ذلك الشيء
الذي اخذته فمع تقدير الضمان يصير المعنى على اليد ضمان ذلك الشيء حتى تؤديه
وهذا لا يتم في صورة التلف لان اداء المتلف محال والمثل والقيمة ليسا عين ذلك
الشيء فيتعين تقدير الحفظ لهذه النكتة فيصير محصله ايجاب حفظ المال الذي
اخذه الى حين الاداء فلا يدل على الضمان ولا يلائم بان تكون كلامه ره بعينه فنفي ما قاله ره

واذا عرفت ذلك فنقول الاستدلال بالحديث على ضمان المثل او القيمة بعد التلف انما هو على فرض
تقدير الضمان الشامل لرد العين مع البقاء والمثل او القيمة مع التلف ولا دليل لهم على تعيينه
اصلا فان قيل استدلال الفقهاء واحتجاجهم على الضمان خلفا بعد سلف وفهمهم ذلك
دليل على انه كان لهم قرينة على تقديره وان خفيت علينا قلنا مع انه لم يعلم ذلك من جميع الفقهاء
ولا اكثرهم وان علم من كثير منهم وليس هذا من الاحكام الشرعية التي يحكم فيها بالاتفاق
بضميمة الحدس والوجدان ولا يصلح عمل جماعة دليلا لشيء ولا يدل على ان القرينة
تقدير الضمان بل لعله لاجتهادهم تقدير جميع المحتملات عند عدم تعيين المقدر
او لمظنة شيوع تقديره او لدليل اجتهادي آخر فان قيل المتبادر من هذا التركيب
اثبات الضمان قلنا ممنوع جدا ولو راجعت الى امثال هذه التراكيب التي ليس
الذهن فيها مسبوقا بالشبهة يعلم عدم التبادر مع انه على فرض التسليم لا يفيد
لاصالة تاخر حدوث التبادر حيث ان ذلك ليس من مقتضى الوضع اللغوي
لهذا التركيب فان قيل ليس هنا شيء آخر يصلح ان يكون غاية الاداء الا الضمان
لعدم امكان غيره عند التلف فيجب تقدير الضمان الذي يكفي ثبوته في صورتي
بقاء العين وتلفها فمع البقاء تؤدي العين ومع التلف المثل او القيمة قلنا اداء المثل
او القيمة ليس اداء ما اخذت بل اداء شيء آخر فلا يكون حتى تؤدي غاية الضمان في صورة
التلف ايضا فان مقتضى تقدير المفعول ان يكون مفعول تؤدي او نائب فاعله
على تقدير كونه بصيغة المجهول ما يرجع الى الموصول اي ما اخذت ومعنى اداء
ما اخذت اداء عينه دون المثل او القيمة بل اطلاق الاداء على الغير غير صحيح فلا
يتحقق اداؤه في صورة التلف ايضا اصلا وعلى هذا تكون الرواية لبيان حكم صورة
البقاء ولا يعلم منه حكم صورة التلف ولا يلزم ان يستفاد من كل حديث حكم
جميع صور الواقعة وما لم يكن لتقدير الرد او الاداء معنى سليس اذ ليس قولك

اداء ما اخذته او رده حتى تؤدي بسليس فالاظهر تقدير الحفظ من الضياع والتلف
او نحوه وعلى فرض عدم تعين تقدير ما اخذت للمفعول فلا شك في احتماله ومعه
فالحكم بتقدير الضمان غير موجه قطعا فلا دلالة في الرواية على ثبوت ضمان المثل
او القيمة بل في دلالته على وجوب اداء العين مع البقاء نظر لان الاستدلال به لها
اما بجعل تقدير الاداء او الرد وهو غير معلوم لجواز تقدير الحفظ ونحوه فيكون
معنى الحديث يجب على ذي اليد حفظ ما اخذت الى زمان ادائه ولاجل قوله حتى
تؤدي ولا دلالة له ايضا لان وجوب الحفظ مثلا الى زمان الاداء لا يدل على وجوب
الاداء كما اذا قال الشارع عليك بقصر الصلوة في السفر حتى تدخل الوطن فانه
لا يدل على وجوب دخول الوطن اصلا ومنه تظهر عدم تمامية الاحتجاج بها
على وجوب رد العين ايضا وان كان ذلك ثابتا بادلة اخرى فقد استظهر تقدير
الحفظ وقد عرفت ان لازمه بيان الحكم التكليفي لكن لا على الوجه الذي افاده
الشيخ ره والعلامة ره واما قوله ره بعد ذلك وهو غير معلوم لجواز تقدير الحفظ
ونحوه فانما هو في مقام المسامحة مع الخصم بابداء الاحتمال على خلاف ما حكم
بتعينه وقد وقع منه ره وفي كلامه ره ما هو رد على كلام الشيخ ره والعلامة ره
تحاشيه هنا ومن تامل فيما ذكرناه من عبارته واشرنا اليه في ذيل علم ان ما نسبه اليه
بعض من تاخر عنه نشأ من عدم الوصول الى مقصوده ومن ذلك انه قال زعم بعضهم
ان الخبر لا يدل الا على ضمان العين مع بقائها واما على ضمان المثل والقيمة مع تلفها
فلا نظرا الى ان ظاهر كلمة ما اخذت انما هو الشيء الماخوذ بنفسه وفي مفعول تؤدي
محذوف راجع الى ما اخذت فيكون مضمون الرواية ضمان العين حتى تؤدي
الى صاحبها ولا دلالة فيها على شيء من المثل والقيمة لو تلفت بل لا دلالة فيها
على صورة التلف بشيء من الدلالات مضافا الى ان دفع المثل والقيمة ليس اداء لما

اخذت فكيف يدخل تحت الرواية ثم قال وهذا الكلام مختل النظام وان صدر عن بعض الاعاظم
لانه بعيد عن مذاق الفقه والعرف لانا اذا تتبعنا فهم العرف على ملاحظة صرف العرف مع قطع
النظر الى ايف الشرع وقرائن كلام الشارع لدلالته فضلا عن ملاحظة القرينة نظرا
الى ان العرف المراد بالضمان عند الناس وعند اهل العرف ليس الا هذا المعنى اذ ليس للضمان
معنى جديد يعرفه الشرع فان اهل العرف مع قطع النظر عن الشرع اذا ارادوا مال الغير
بشخص لا يريدون الا انه يرد عينه مع وجوده ويدفع بدله وهو ما يقوم مقامه مع تلفه
او تعذر رده ونحو ذلك وهذا شيء واضح لا سترة فيه بعد الخبرة ولكنه قد اختلف فهم
كلام من حكى عنه وبعد ذلك نقول ان ما ذكره الفاضل النراقي بعد ما عرفت من تفسيره
غير صحيح كما انا نسلم ان الضمير المنصوب في قوله حتى تؤديه المحذوف من اللفظ يعود الى
الموصول يعني ما اخذت ومع ذلك نقول ان الحديث يدل على اداء بدل المال بعد تلفه
وذلك لان الضمان عبارة عن كون الشيء على عهدة شخص بمعنى انه يلزمه الخروج عن
عهدته لو تلف وان شئت قلت يلزمه الخروج عن عهدة تلفه وهذا المعنى الذي
هو كون الشيء بحيث يلزمه الخروج عن عهدة تلفه يحصل للعين الماخوذة بمجرد الاخذ
ويستمر الى ان تحقق الغاية التي هي اداء نفس العين ولا تفاوت الحال بين بقائها
وتلفها الا انها اذا تلفت تحت يده صدق عدم تحقق اداء نفس العين الى صاحبها حتى تكون
عليه ضمانها المحكوم به مستمرا الى حصول الغاية ولا نتوهم انه يلزم استعمال اللفظ في
معنيين نظرا الى حالتي البقاء والتلف لان غاية ما هناك انه تحقق لمفهوم التلف مصداق
في الخارج على الثاني دون الاول وذلك لا يوجب اختلافا فيما استعمل فيه اللفظ حتى
يحتمل انه استعمال في غير ما وضع فيلزم العدول الى غيره فقد تبين ان عدم حصول الغاية
التي هي اداء العين الماخوذة لا تفاوت الحال فيه عند عدم تحقق تسليمه الى مالكه بين
حال البقاء وحال التلف فيحكم بالضمان من حال الاستيلاء على مال الغير الى زمان

اداء

ادائه فاذا تلف ولم تحقق الغاية تنجز ما كان معلقا ولا وجه لتعميم الاداء بالنسبة الى العين
وبدلها ولكن اجاب بعض من تاخر بوجه آخر وهو ان دلالة الحديث على ضمان المثل او القيمة
في صورة التلف مبنية على دعوى ان المثل او القيمة عين ذلك التالف وان اداء شيء
منهما عند تلف الاصل اداؤه وان اداءه عند التلف عبارة عن اداء شيء منهما وعلى هذا
فيتم تقريب الضمان واقول ان ما ذكره من امر الدعوى مجرد دعوى فلا تقبل الا ببينة
وبرهان وانى له ذلك ثانيها ما ذكره بعضهم وهو ان الحديث المذكور
مسوق لبيان الحكم الوضعي لكن بالنسبة الى خصوص صورة التلف ولا يدل على وجوب رد
العين بنفسها الذي هو حكم تكليفي ولا على ضمانها ما لم تتلف ويحصل كون تلف
العين تحت يد الاخذ سببا لتعلق الغرامة به وذلك لانه مسوق لبيان ترتب الغرامة
ويصح التركيب بان نقدر لفظ العهدة مضافا الى الموصول فيصير المعنى على اليد عهدة
ما اخذت بمعنى غرامته فيلزمه الخروج عن عهدته باداء الغرامة ولا تتحقق مفهوم
الغرامة الا بالاتلاف وقوله حتى تؤدي مرتبط بما قبله وان كان مفعوله الذي
هو الضمير المنصوب محذوفا فلا انه يعود الى المضاف والتقدير على اليد غرامة ما اخذت
حتى تؤديها او بان نقدر الغرامة او البدل او نحوهما مفعولا لقوله حتى تؤدي او بان
يجعل الضمير المحذوف عائدا الى ما اخذت لكن بدعوى كون البدل عين ما اخذت
وتقييد بصورة التلف حتى يخرج صورة بقاء العين والحاصل ان الحديث مسوق
لبيان سببية اليد للضمان بعد تلف العين الماخوذة وان اليد سبب لتعلق
الغرامة بالاخذ بعد تلفها ولا ينافي ما ذكر كلام بعضهم فنقول انه بعد ان فسر الضمان
بانه يد يلزم رد عينه مع وجوده ودفع بدله مع تعذر رده قال بل اقول لا يراد من
الضمان الا دفع المثل والقيمة عند التعذر وهو المعبر عنه بتحمل الغرامة اذ لا يكاد
يعقل الضمان العين مع حصول فان دفع عين المال الى مالكه لا يعد ضمانا ولا غرامة

اذا عرفت هذا فنقول ان الخبر يدل على ان ضمان ما اخذته اليد ثابت عليه ولو كان معناه
ان عينه يجب دفعه الى المالك لم يكن لذلك محصل وينافيه ظاهر العبارة اذ وجوب
الدفع الى المالك لا يعبر عنه بهذه العبارة بل ينبغي ان يقال يجب دفع اموال الناس
الى مالكها واين هذا من قوله على اليد ما اخذت فانه ظاهر بل صريح في ارادة الغرامة
وليس المعنى الا لزوم دفع ما قام مقامه اذا لم يمكن وهذا المعنى مما لا يشك فيه شاك بعد
ملاحظة فهم العرف حتى من لم يتشرع بشرعنا القيم ولو لوحظ ما هو المعهود من الشرع
القيم في التغريم للغصاب وغير ذلك من ابواب الفقه يحصل القطع بان المراد من
الغرامة الثابتة على اليد في هذه الرواية عبارة عن دفع المثل والقيمة عند التعذر
فكيف يعقل انكار عدم استفادة هذا المدعى من الخبر كيف ولو بنينا في فهم الادلة
على ما هو الممكن كونه حجة لنا لم يتم لنا من الفقه الا عشر معشار ما هو بايدينا وهو اجنبي
عن طريقة السلف والخلف مقطوع بفساده وبالجملة نحن ندعي ان ظاهر هذا الخبر
الضمان والغرامة بلا شبهة ومعناه عرفا دفع ما يخرج به عن عهدة المال وينتفي به
الضرر وهو اما بدفع عين المال او ما هو اقرب اليه لو تعذر ولا ريب ان دفع
المثل لا يحصل الخروج عن العهدة الا به فدفع المثل عرفا لانه الاقرب الى الاصل ذاتا وصفاتا
وفيه وفي القيمي لابد من دفع القيمة دفعا للضرر المالية مع تعذر العين وما وافقه في
الصفات انتهى واستجيب بان كون الحديث مسوقا لبيان ثبوت الغرامة على اليد مجرد
دعوى بل هو خلاف ظاهر اللفظ لا يخفى على من تامل في الرواية وفيما ذكرناه في معناها
وان ما ذكره من التقدير وارجاع الضمير المنصوب في قوله عليه السلام حتى تؤدي الى المضاف المحذوف
تكلف ركيك لا ايجاد لاستفادة المقصود منه من الكلام اصلا وكذا دعوى كون الكل على
المكلف منه خصوصا مع الالتزام بالتقييد الذي لم يقم عليه قرينة توجب انفهام هذا
المعنى من الكلام ثم ان كثيرا ما حكاه بعض من تاخر عن بعضهم وهو انه في افادة

المعنيين

المعنيين جميعا اعني وجوب رد المأخوذ وكونه على عهدة الاخذ بمعنى ضمانه لو تلف وفيه
انه لا يخفى اما ان يستفيد وجوب الرد من قوله عليه السلام على اليد ما اخذت او من قوله عليه السلام حتى
تؤدي ولا يتم المدعى على شيء منهما اما الاول فلان لازم افادته للحكم التكليفي انما
هو تقدير الرد ولازم الحكم الوضعي تقدير الضمان بمعنى كون المأخوذ على عهدة الاخذ
وانه لو تلف كان عليه بدله فافادته للحكمين تتوقف على تقديرهما معا وذلك على الاحتمال
في الكلام بافادته فهو اشبه شيء باستعمال الخطاب في انشائين بل هو من قبيله واما
الثاني فلان غاية ما هناك ان ثبوت الضمان مغيى بالاداء وان معنى اللفظ هو
ان لزوم الخروج عن عهدته لو تلف ثابت الى حين الاداء وهذا يلازم عدم وجوب
الاداء قبل التلف لا يلازم وجوبه فهو اعم منهما ولا دلالة للعام على تعيين الخاص
نعم وجوب الاداء فيما لم يكن للمالك الاذن اصلا ثبت من دليل خارج هنا وقد عرفت ان
الوجه هو انسياق الحديث لبيان الحكم الوضعي من حال استيلاء اليد عليه مغيى باداء
العين فهو ثابت في حال بقائها تحت يد الاخذ وفي حال تلفها وانه مغاير للطرق
الثلثة المذكورة ثم انه ينبغي تحقيق القول في عموم دلالته بحسب الاخذ والاخذ
والمأخوذ اما الاول فقد يقال فيه انه لا دلالة تخصصه بالاخذ على وجه
القهر والغلبة ولعله مبني على دعوى تخصيص الاخذ فيه على حد خصوص المطلق في
الظهور او انه ويمكنك خبير بان الاخذ بالنسبة الى الاصناف التي تحته من الاخذ
على وجه القهر والغلبة والاخذ على وجه السرقة بل الاخذ على وجه العارية والوديعة
وغيرهما من قبيل المتواطي دون المشكك ولو سلم تحقق التشكيك فانما هو من قبيل
التشكيك البدوي غاية ما في الباب انه خرج ما خرج مثل اليد الامينة وبقي الباقي
واما الثاني فتوضيح الامر في صدق مؤدى الحديث من كون الاخذ على وجه
يعد فاعله مختارا في الاخذ كما هو الشأن في كل فعل اختياري استند الى فاعله فانه

لا يصح الاسناد الا عند صدوره عن اختيار وعلى هذا فلو وضع على شيء من المنقولات
واستولى عليه وهو نائم لم يدخل تحت عنوان الحديث ولم يتم الاستدلال به على الحكم
بالضمان فيه وكذا الحال في الطفل الذي لا يعد الاخذ في حقه فعلا اختياريا لعدم
شعوره واما الصبي المميز المستشعر فيصدق في حقه الاخذ على وجه الاختيار فلهذه قال
للمصنف ره حيث قال ومن هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير بل
المجنون اذا لم تكن يدهما ضعيفة لعدم التميز والشعور خلافا لبعض من تاخر
حيث ذكر ان الحديث يعم باعتبار الاخذ من كان ذا شعور وغيره كالصبي والمجنون
والنائم ولعله اراد غير اليد الضعيفة ويشكل تصويرها الضعيفة في النائم وقد صرح
بخصوص صورة عدم صحة يعم فالحاصل انه يعتبر كون الفاعل مختارا في فعله ولا
يعتبر ازيد من ذلك فيعم الحديث ما لو كان صاحب اليد عالما بالحكم الذي هو الحرمة
او جاهلا كما يعم ما لو كان عالما بالموضوع ككونه مال الغير وكونه مغصوبا او مقبوضا
ببيع فاسد وما لو كان جاهلا به كمن زعم انه ماله او انه وكيل عليه ونحو ذلك ثم ان الاقوى
بعد كون اليد اصلية ولو كانت تابعة كيد الوكيل الغاصب مع عدم علم الوكيل بالغصب
واصل الحاكم في المال مع كونه في الواقع مغصوبا واما فرضنا الكلام على هذا الوجه لتصح
الوكالة ولو في الظاهر ولو بالنسبة الى الوكيل وكذا الحال في الوكيل في قبض المبيع بالبيع
الفاسد وذلك لانه يعتبر في صحة الوكالة كون متعلقها مباحا ولهذا قال في المسالك
في ذيل قول المحقق ره ولو وكله في بيع فاسد لم يملك الصحيح لو وكله ان يشتري له كذا
الى ادراك الغلة او مقدم الحاج او بعد كذا او ما شاكله ولا فرق في ذلك بين ان يكونا
عالمين بالفساد او جاهلين او بالتفريق وانما لم يملك الصحيح لعدم التوكيل فيه فيقع
فضوليا ويرد بذلك على ابي حنيفة حيث زعم انه تقتضيه وكما لا يملك الصحيح لا يملك
الفاسد لان الله تعالى لم ياذن فيه والموكل لم يملكه فالوكيل اولى فلو اشترى به وسلم

الثمن

الثمن او باع كذلك وسلم المبيع ضمن انتهى ففي الصورة المذكورة يكون الوكيل هو الذي
يدخل في عنوان الحديث دون الموكل فان قلت قد تقرر عندهم ان يد الوكيل يد الموكل
وكذا يد الامين يد الحاكم وعلى هذا فلا يعد يدا حقيقيا منهما في العرف يدا قلت قد اجيب
عن السؤال بان ذلك عبارة عن صدق الاستيلاء والتسلط فان الوكيل مسلط
على المال وكونه يده يد الموكل معناه اجراء احكام يد الموكل عليه في التصرفات لا انه ليس
فلا يتوهم ان المالك لا رجوع له على الوكيل بل على الموكل لانه صاحب اليد فلا فرق في نفس
اليد المترتبة على يد سابق ان تكون تابعة لها او مستقلة كالمشتري والمستعير
ونحو ذلك وهو حسن لان قولهم يد الوكيل يد الموكل قد يوجد في كلامهم ومعناه
كما عرفت من المجيب هو ان احكام يد الموكل تجري على يد الوكيل وح نقول ان
قبض الوكيل كما من شانه ان يقبضه الموكل كقبض الموكل بمعنى انه لو قبضه بنفسه كان
قبضه من الذمة المقبوض عنه فقد اجرى هيهنا بهذا الاعتبار على يد الوكيل حكم يد
الموكل ومنها نحن فيه لو اريد اثبات الضمان على الموكل بقبض الوكيل كان الامر بالعكس لانه
يلزم اجراء حكم الضمان الثابت للوكيل على الموكل وليس هذا معنى قولهم يد الوكيل يد
الموكل فافهم هذا ولتعلم ان ما ذكرناه انما هو بحسب دلالة لفظ الحديث بخصوصه
وان فرض ثبوت ما زاد على مؤداه من الحكم بالضمان فيما خرج عن مؤداه من دليل
اخر وان المقصود به ثبوت حكم الضمان بسبب استيلاء اليد على المال وان لم يكن المستولي
متلفا فلو فرض وقوع التلف كان ذلك بآفة سماوية مثلا في حال كونه تحت يده ثم انه لا فرق
بين ما لو كانت اليد واحدة بان انفردت بالاخذ وبين ما لو كانت متعددة بان شارك
غيرها فيه او تبعت احدى الايدي على الاخرى وذلك مسألة تعاقب الايدي على المغصوب
وان كان في كيفية التضمين اشكال ليس هنا محل ذكره واما الثالث فبيانه ان
ما يحتمل ان يتعلق به الاخذ اما ان يكون من قبيل الاعيان او من قبيل المنافع او من قبيل

الحقوق او من قبيل ما لا يجري عليه التسلط بالتملك او الاستحقاق كالحر وكالخمر والخنزير
بالنسبة الى المسلم فالاول على قسمين ما هو من قبيل المنقولات وما هو من قبيل غيرها
كالعقار اما الاول فلا اشكال في صدق اخذ اليد على الاستيلاء عليه بالقبض ونحوه
فلو ركب دابة الغير تحقق الاستيلاء وصدق مؤدى قوله عم على اليد ما اخذت وان
كانت الدابة واقفة لم يحركها من مكانها واما الثاني فان اثبات اليد عليه حقيقة
حتى يحصل الاستيلاء الموجب للضمان وان كان غير ممكن لانه لا يحصل تحت اليد
لكن التصرف فيه بالدخول ونحوه ممكن وح نقول انه على قسمين احدهما ما هو موجب
لصدق الاستيلاء عليه كدخول الظالم دار غيره للتصرف والتسلط والسكنى فيها
مثلا وهذا القسم لا اشكال في صدق مؤدى قوله عم على اليد ما اخذت عليه
لتحقق الاستيلاء والسلطنة فيحكم عليه بالضمان وثانيهما ما هو غير موجب
لصدق الاستيلاء والتسلط عليه كما لو دخل عليه دار الغير او بستانه لغرض
غير التصرف والتسلط كالتفرج والتنزه فهذا غير موجب لصدق الاستيلاء ولا
لصدق مؤدى قوله عم على اليد ما اخذت حتى لو فرض ان الدخول بغير اذن المالك
وقد صرح به العلامة ره في التذكرة حيث قال ولو دخل دار غيره او بستانه لم يضمن
بنفس الدخول من غير استيلاء سواء دخلها باذنه او بغير اذنه وسواء كان صاحبها
فيها ام لم يكن انتهى ولا فرق في هذا القسم على الاعيان بين ما لو كان منقولا وما
لو كان غيره على الاطلاق اللفظ الشامل للقسمين فمن سكن دار غيره مع مالكها قهرا
يعد زايدا على النصف ولهذا قال العلامة ره في التذكرة ولو لم يزعج المالك ولكنه
دخل واستولى مع المالك كان غاصبا لنصف الدار لاجتماع يده واستيلائهما
عليه نعم لو كان الداخل ضعيفا والمالك قويا لا يعد مثله مستوليا عليه لم يكن غاصبا
لشيء من الدار انتهى وكذا الشريك فانه ذو يد على نصف الشريك الاخر لو تصرف فيه

ودعوى

ودعوى ان الاستيلاء لا يتحقق الا على الشيء المعين ممنوعة لانه امر عرفي فيتحقق في المشاع كما يتحقق في
المعين ولا يتوهم ان قوله عم تؤدي ينافي ما ذكرناه نظرا الى ان اداء المشاع غير ممكن لان
ذلك ممنوع ضرورة جواز الاداء الى صاحبه والتخلية بينه وبينه وناهيك تصريحهم بان
بيع المشاع صحيح وان قبضه جائز كالمقسوم هذا واما تعميم هذا القسم بالنسبة الى الكلي ايضا
كالصدقة المختصة بالنواحي فلا يخفى ما فيه ضرورة ان الكلي لا يدخل تحت اليد الا ان يتشخص
في ضمن فرد ومعه يخرج من عنوان الكلي وهل يعتبر كون العين مما له المالية وقيمة ام يكفي
مجرد الملك الوجه هو الثاني لاطلاق لفظ ما اخذت الشامل لغير المتمول انضمام كونه
مضافا الى المالك الموجب لصدق الاداء ولا ينافيه لزوم دفع القيمة في صورة التلف اذ هو
على تقدير تعذر المثل مع كون التالف مما له قيمة فلا مانع من دخول غير المتمول ودعوى
كون المتبادر مما له قيمة ممنوعة لاطلاق اللفظ الا ان يقال انه لا نسلم تقييد الضمان الذي هو
عبارة عن الخروج عن العهدة لو تلفت العين الا في صورة كون العين مما له قيمة ان كانت
من قبيل القيميات ومثليا ان كانت من المثليات ولا بد من شمول الحديث للقبيلين ثم لا فرق قبلهم
بين كون المال المأخوذ باقيا او مستحيلا او ممزوجا او معيبا او تالفا كلا او بعضا او وصفا
ولا بين كون كل ذلك مسببا بفعل الله او بفعل ذي اليد او بفعل اجنبي فانه يتعلق الضمان
بصاحب اليد في الصور كلها وان كان له ان يرجع على المتلف او الغار او الاخذ الا ان
ذلك لا يلزم اخراج المقصود دلالة الحديث على الضمان باليد وكيفيته ولا فرق في الاعيان
بعد دخولها تحت اليد بين ان تكون مقصودة بالذات في الاستيلاء عليها او بين ان يتحقق
الاستيلاء عليها بالتبع ولهذا قال في الرياض ويضمن حمل الدابة لو غصبها وكذا الامة لو غصب
الحامل غصب حملها بلا خلاف اجده لظاهر لانه مغصوب كالام والاستقلال باليد عليه
حاصل بالتبعية لها وليس كذلك حمل المبيع فاسدا حيث لا يدخل في البيع لانه ليس مبيعا فيكون
امانة في يد المشتري لاصالة عدم الضمان ولانه تسلمه باذن البائع مع احتمال الضمان لعموم على

اليد ما اخذت حتى تؤدي مع الشك في صدق الامانة عليه وبه قطع الماتن في تبع الثاني
اعني المنافع على قسمين احدهما المنافع التي لم يستوفها من ثبت اليد على العين كما لو كانت
دابة عنده فغصبها منه غاصب قبل استيفاء الاول شيئا من منافعها فان المنافع بالنسبة
الى الاول غير مستوفاة فلا تدخل تحت عنوان قوله على اليد ما اخذت وان قلنا بضمان
الثاني لها لمباشرته للاستيفاء بدليل آخر وكذا الحال لو بقيت تحت يده ولا يستعملها
ولا ينتفع بها فانه لا يصدق على المنافع حينئذ انها ماخوذة لعدم استيفائه لها وعدم تعلق
فعل منه بها وان قلنا بانه ضامن لها لا لعنوان آخر غير هذا الضمان وهو سببيته لتلفها
على المالك ومن هنا قال العلامة في التذكرة منافع الاموال من العبيد والثياب والعقار
وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية فلو غصب عبدا او جارية
او ثوبا او عقارا او حيوانا مملوكا ضمن منافعه سواء اتلفها او فاتت تحت يده بان بقيت
في يده ولا يستعملها عند علمائنا اجمع انتهى وثانيهما المنافع المستوفاة كما لو استعمل العين
المغصوبة وانتفع بها على مرور الزمان بان ركب الدابة او استخدم العبد او الجارية
مثلا وهذا القسم وان كان قد انتفع به المستولي على العين وبينه وبين القسم السابق
فرق من هذه الجهة الا ان اخذ اليد للمنفعة بمعنى استيلاء من ثبت يده على العين على
المنفعة غير صحيح وقال البعض من ناصحي لان الاستيلاء انما يتحقق بالنسبة الى الشيء
الموجود والمنفعة غير موجودة لا تجتمع اطرافها في زمان واحد وانما تندرج في الوجود
فلا تحقق الاستيلاء عليها من المستولي على العين حتى في صورة استيفائها وان
تحقق سبب آخر للضمان وهو الاتلاف على المالك وعبارة العلامة في التذكرة
التي تقدم حكايتها تنطبق على هذا القسم ايضا فلصاحب الجواهر حيث تمسك به في المنافع المستوفاة
قال ره في كتاب العارية ولو استعار من الغاصب وهو لا يعلم بغصبه كان قرار
الضمان للمنفعة الفائتة على الغاصب لغروره وان كان للمالك الزام المستعير بما

اي حين تلفها تحت يده لا بتعطيلها

استوفاه

استوفاه من المنفعة او فاتت في يده لعموم من اتلف وعلى اليد كما هو المشهور بين الاصحاب
هنا وفي الغصب عند ذكر حكم الايادي المترتبة على يد الغاصب انتهى والثالث اعني الحقوق
ظهر حاله مما بيناه في سابقه فالوجه عدم دخوله في عنوان الحديث ولا يلتبس عليك مما فصل
عليه انه ماخوذ باليد وانه يؤدى ومحصله انه لا ينافي منه كون الحق انما غصبه غاصب
لا بد من ادائه الى صاحبه وذهب بعض الاواخر بعد اختيار دخول المنفعة الا انها
تكون الماخوذ منفعة يكون حقا من الحقوق التي من شانها العوض والتادية في
ذيل الرواية كحق التحجير وحق السبق على المشتركات من مثل المسجد والسوق والخان
وغير ذلك من الحقوق فانه ايضا يدخل تحت اليد لانه يتحقق عليه الاستيلاء ثم
هنا اشكال في ادخال المنافع والحقوق تحت الرواية وهو ان قوله ما اخذت
الظاهر منه بعد ذكر الاخذ كونه عينا خارجيا او كليا مشاعا واما مثل المنفعة والحق
فلا تنال فيهما اخذ وهذا يدل على عدم ارادتهما من الرواية مضافا الى ان الظاهر من
قوله حتى تؤدي كون المال الماخوذ قابلا للاداء الى صاحبه ولا ريب ان المنفعة
نفسها غير قابلة للاداء الى صاحبها وكذا الحق فلا وجه لادخالها تحت الخبر ووجه
الدفع ان المراد بالاخذ ليس هو القبض كما بيناه والاستيلاء يحصل فيهما عرفا و
التادية لا ينافي دخولهما لان تادية كل شيء بحسبه ويكفي في العرف الدفع المثل او القيمة
انه تادية للمال الى صاحبه انتهى ولا يخفى ما فيه من التكلف المستغنى عنه باقتفاء
الظواهر التي لا داعي للعدول عنها ولكن وافقه بعض من اختار عدم دخول المنافع
تحت عنوان الحديث ممن تاخر ويتجه عليه مضافا الى ما ذكرناه وبيناه على مبنى سبقه
في اختياره عدم دخول المنافع تحت عنوان الحديث ضرورة ان الحق ادنى مرتبة
من المنفعة ولا اقل من التساوي والاشتراك في عدم كونهما عينا مانع من صدق
الاخذ والاداء وهو وان اجاب عن هذا الوجه بعد ايراده عليه بان المقصود وهو دخول

العين التي تتعلق بها الحجر وحق السبق الى المشتركات فالمراد ان العين التي تتعلق بها الحق
التي تعلق بها الملك الا انه غير جيد لانه خروج عن محل البحث الذي هو تحقيق حال الحق
من حيث هو وتنقيح انه داخل في عنوان الحديث ونكرره لما تقدم تحقيقه وهو دخول
الاعيان ومعلوم ان ذلك امر مرغوب عنه والرابع حكم على ما ذكره بعض الاواخر هو عدم
الدخول استنادا الى ان المراد بالموصول اي الشيء الماخوذ هو ما كان مملوكا نظرا الى ان
الظاهر من الخبر هو الضمان لمن بيده ولا ضمان في غير المملوك بجريها اليد ولان غاية الضمان هو
الاداء والاداء هو الدفع الى من يجب الدفع اليه كالمالك ونحوه والشيء الغير المملوك لا اداء
فيه لعدم وجود المؤدى اليه فخروجه عن الرواية واضح ثم قال لا فرق في غير المملوك بين
ان يكون غير قابل للتملك من اصله كالحر المسلم وخنزيره وغيرهما فان ذلك لا يضمن
باليد او كان قابلا ولكن لم يجر عليه ملك احد كالمباحات فانه لا ضمان في اخذه ثم قال
وعلل بعض الاصحاب في الحر بانه لا يدخل تحت اليد فان كان مرادهم منه ذلك انه لا يدخل
تحت اليد شرعا فحق لكن المراد في الخبر بمقتضى القواعد هو الاستيلاء العرفي ولا مدخل
للشرع في ذلك مضافا الى انه لو اريد اليد الشرعية لزم عدم ضمان الغاصب لانه لا يد له شرعا
على المال ولزم ضمان من له يد على المال شرعا كالاولياء وهذا عكس المدعى وبالجملة لا شبهة
في ان المراد باليد العرفية وان كان مرادهم انه لا يدخل تحت اليد عرفا فهو ممنوع اذ الحرية و
الرقية امران اعتباريان لا مدخل لهما في الصدق العرفي فان كل من تسلط على الانسان
بحيث تصرف فيه كيف شاء يقال انه مستولى عليه وهو في يده سواء كان حرا او عبدا ولو
اريد ان الانسان من جهة استقلاله في الامور والارادات والتصرفات لا يدخل تحت
اليد فالعبد كذلك وبالجملة لا فرق في اليد العرفية بين المملوك والحر فالانسب ان يقال
في عدم ضمانه انه غير داخل تحت دليل الضمان من جهة ان المتبادر منه المملوك سيما بقرينة
حتى تؤدي ونحو ذلك فلا تشمل ما لا يقبل الملك كالحر والخمر للمسلم واما الخمر للكافر المسالم

فهي

فهي محترمة مملوكة على المختار فهي داخلة تحت عموم الخبر وتقييد بعضهم له بالمستتر اما لان
الاجهار بها يخرجها عن ملكه فيكون كالمسلم واما لانه يسقط احترامها وان كانت ملكا فلا
ضمان كمال الحربي وهذا هو الاقوى وبالجملة عدم الضمان فيها وفي مال الحربي انما هو
لدليل من خارج والا فهي داخلة في عموم خبر اليد لانها ملك حتى في الحربي انتهى وفي
ما فيه لان المناط هنا في الدخول وعدمه انما هو صدق المفهوم من الحديث عرفا
ومعلوم ان مفهومه ليس الا ان ما استولى عليه الرجل فعليه ضمانه بمعنى انه لو تلف كان
عليه الخروج عن عهدته الى حين الاداء وقد اعترف هو بان المراد باليد انما هو اليد العرفية
ومن البين ان كل عين لها تعلق تختص بواسطته بملكه له او ثبوت حق له فيه كالاوقاف
ونحوها وقد استولى عليها غيره يجري فيها الاخذ والاداء فيجري فيها الحديث واما
اعتبار كون الماخوذ مملوكا شرعا فلا دخل له في صدقهما وهو مما لا يخفى على من له ادنى
بأوضاع الالفاظ العرفية ومواقعها وليت شعري من اين ادعى تبادر كون الماخوذ
مملوكا وليس في الاخذ والاداء اشعار به للوضوح نقول ان خمر المسلم وخنزيره من جملة
الحديث لثبوت الاضافة العرفية الى المسلم الموجبة لصدق الاداء اليه المجعول
غاية في الكلام وتحقق الاستيلاء المقتضي لصدق اخذ اليد وكذلك الحال في الاوقاف
العامة والخاصة لثبوت الاضافة الى الموقوف عليهم المستلزم لتحقق الاخذ والاداء
اذا استولى عليها غيرهم نعم يخرج الحر بواسطة عدم قابليته للاداء من جهة عدم
تحقق من يؤدى اليه ولو عرفا لانه لا يضاف الى احد بالمملوكية والاستحقاق ولو عرفا
ولولا التقييد بالغاية لقلنا بان من استولى على الحر واثبت يده عليه ضمنه لو تلف تحت
يده لصدق قوله على اليد ما اخذت بالمعنى الذي بيناه وهو كون ضمانه عليه والخروج
عن عهدته لو تلف ولكن بالنسبة الى عينه واما منافعه فهي خارجة من جهة عدم
قابليتها لاثبات اليد عليها كما قلنا في منافع الاموال والاعيان المملوكة بل هنا اولى

ومن هنا يعلم دخول مال الحربي لولا الدليل على كونه غير محترم في هذا وقد يقع الكلام في معنى
قوله حتى تؤدي وتحقيقه ان الغاصب اذا استولت يده على مال المالك ضمن ولا
يرتفع ضمانه بمجرد اذن المالك له في ابقائه تحت يده نعم لو اذن له في ذلك ارتفع الاثم و
العدوان ولا علاقة بينه وبين ارتفاع الحكم الوضعي اعني الضمان فهو باق لا يرتفع الا بتسليمه
الى المالك وتاديته اليه كما هو مؤدى الخبر المذكور نعم لو وكله المالك في التسلم من قبله
فتسلم ما كان غاصبا له بعد اذن المالك وتوكيله منه امكن ان يقال انه حينئذ يرتفع الضمان
لان يد الوكيل يد الموكل فالغاصب لكونه وكيلا الان صار قبضه وتسلمه كتسلم المالك
موجبا للبراءة ودفع الضمان واستشكل بعض الفقهاء الاواخر بان ظاهر الحديث
المذكور تقتضي بقاء الضمان ما لم يحصل التسلم الى يد المالك فخرج عنه التسلم الى
يد الوكيل اذا كان غير الغاصب بالاجماع واما الغاصب الوكيل فخروجه غير معلوم
والاصل تقتضي بالعدم مدفوع بان ادلة الوكالة ان تمت كانت حاكمة على ادلة الضمان
ولا يبقى مجال للفرق بين الوكيل الغاصب وغيره والا لم يكن وجه لخروج الوكيل
الغير الغاصب اذ ليس هو بخصوصه مورد الاجماع حتى يقال ان الغاصب لم يخرج
ان الظاهر من التادية الى المالك هو ان يجعله مستوليا عليه ومستقلا في اثبات
يده عليه فكما ان مجرد وضع اليد على ثوب الغير ليس غصبا له كذلك مجرد وضع المالك يده
على ما غصب منه من غير استيلائه عليه كما لو وضع يده على ثوبه الذي لبسه الغاصب
فانه ليس رافعا للضمان الحاصل بسبب الغصب ومن هو لا يسلم من غصب نقدا
من احد ثم دفعه الى المالك لينقده كالصراف فتلف بآفة سماوية او اخذه ثالث من
يده لم تبرأ ذمة الغاصب بل هي مشغولة بالمغصوب والضمان باق على حاله بدلالة الحديث
المذكور اذ ارتفاع الضمان فيه معلق على التادية ومن الظاهر انه لا يصدق التادية
الحقيقية الا اذا استولى عليه الا ترى ان تسليم النقد الى الصراف لينقده لا يسمى تادية

اليه

اليه مضافا الى الاجماع المستنبط من تتبع كلماتهم والى الاصل مع الاغضاء عن دلالة الحديث
وقيام الاجماع فتلخص من ذلك ان الذي يوجب رفع الضمان انما هو ايصال المغصوب الى
المالك او من في حكمه من وكيله او وصيه او وليه على نحو يكون مستوليا عليه وانه بدون
الاستيلاء لا يتحقق باب الايصال بل لا يتحقق حقيقة الاداء الا بالاستيلاء فلو حصل استيلاء للمالك
على المغصوب ارتفع الضمان عن الغاصب سواء كان حصول ذلك الاستيلاء بايصال
الغاصب او غيره فلو اخذه المالك من الغاصب قهرا او بدون اطلاعه واستولى
عليه ارتفع ضمان الغاصب وبرئ ذمته وان لم يصدر منه ايصال فالمناط في حصول البراءة
وسقوط الضمان عنه انما هو وصول المال الى المالك على وجه يكون مستوليا عليه لكن
يبقى الاشكال في ان هذا الحكم مطلق غير مقيد بنوع من انواع الوصول والاستيلاء
او مقيد ببعض الانواع دون بعض فان هناك انواعا متعددة للايصال والوصول
اذ قد يصل المال الى المالك بعنوان الامانة سواء لم تكن ضمانية كالوديعة او كانت
كالعارية المضمونة او عارية الذهب والفضة مطلقا وقد يصل اليه بعنوان التمليك الضماني
كالبيع منه او الهبة المعوضة او الاجارة او نحو ذلك وقد يصل اليه بعنوان التمليك
المجاني كالهبة الغير المعوضة وقد يصل اليه بعنوان انه ملكه يتصرف فيه تصرف
الملاك والذي اختاره الشهيد الثاني رحمه هو ان التسليم التام الموجب لارتفاع الضمان هو
ايصاله اليه على الوجه الاخير واحتمل بعض الفقهاء الاواخر في هذا المقام وجوها
احدها ان يضاف اليه التمليك المجاني فيقال ان الرافع للضمان عبارة عما يعم الامرين
نظرا الى ان التسليط المجاني ايضا يتضمن التسليط على التصرف كتصرف الملاك غاية
ان المالك يحسب ان المال انتقل اليه بملك جديد وتوهم انه يكفي لانه قد تصرف
المالك في ملكه الجديد بما لا يتصرف في ملكه القديم فيكون مغرورا الا ان الغرور فاسد لان
مثل ذلك لا يعد من الغرور وثانيها ان يضاف اليها مع التمليك الضماني دون الامانة

بقسميها وثالثها ان يضاف الى هذه الثلثة ح الامانة الضمانية ورابعها ان يضاف الى الثلثة
المذكورة الامانة بقسميها الى غير ذلك من المحتملات ثم اختار ان التحقيق الذي يبدو على
حتى نفوذ دى هوان لكل واحد من تلك الاقسام يكفي في رفع الضمان فيكفي ايصاله الى يد المالك
على اى نحو كان فلو غصب مال احد ثم اودعه عنده فتلف بافة لم يكن للمالك الرجوع عليه
بنفسه لارتفاع الضمان عنه بايصاله اليه على نحو الاستيداع عنده لصدق التادية بذلك
ولا يخص سقوط الضمان فيما ذكره الشهيد الثاني ره من التصريح بان هذا ملك لك بل قد
يجز الحاجة والدواعي العادية الى كتمان الغصب فيوصل ماله اليه بعنوان انه هدية
او زكوة او خمس او عارية او وديعة او هبة معوضة او بيعه منه وهكذا ولا يبقى شي
من ذلك ويسقط الضمان على جميع تلك الوجوه اخذا بظاهر الحديث المذكور ويدل
عليه حديث التحاكم بالسلسلة ورفعها في الشرايع السابقة ولكن الاقوى ان المناط في
التادية الموجبة للبرائة انما هو ما كان على الوجه المتعارف المنصرف اليه الاطلاق وانه ليس دفعه
اليه بعنوان الوديعة او العارية اداء موجبا للبرائة كما انه ليس منه اداؤه اليه على وجه
الدس في امواله مع فرض عدم الداعي الى ذلك ولا اقل من الشك فيبقى استصحاب الضمان
سليما عن المعارض الى ان المحقق غاية للضمان هو الاداء ومع الشك فيه يشك في البرائة والاصل
بقاؤه ثم اعلم انه كما ان ايصال المغصوب الى المالك يوجب سقوط الضمان عن الغاصب كذلك
اتلاف المالك اياه بعد استيلائه عليه كما لو غصب دابة فركبها مالكها من دون علمه بانها
ماله فقتلها فانه يبرأ ذمة الغاصب ويسقط ضمانه والوجه في ذلك مع ان ظاهر الحديث
المذكور حصول البرائة في التادية هو الاولوية القطعية المعتبرة نشأ التتبع وخصوص
المقام وان تنقدح لكن لا يخفى ان ما جعله من الاتلاف في حكم القبض والاستيلاء
الموجبين لسقوط الضمان انما هو الاتلاف الذي لو تعلق بغير مال المتلف كان ضامنا
كما لو غصب المالك بزعم انه لغيره واتلفه وانه لو لم يكن كذلك بان يكون الاتلاف غير موجب للضمان

كما اذا

كما اذا اضاف الضيف ما قدمه المضيف اليه من الطعام بالاكل فالتحقيق انه لا يوجب سقوط الضمان فلو
غصب من المالك واطعمه اياه بعنوان الضيافة فتلف وان استولت يد المالك على الطعام بالاكل
بالاكل لكنه لا يوجب سقوط ضمان الغاصب لتغريره للمالك بل قد يتاكد الضمان على ذلك وتكرر
سببه بمعنى ان الثاني سبب ثاني عقيب الاول لا بمعنى اجتماع سببين مؤثرين بالفعل
على شيء واحد وذلك لان الغصب اول سبب لضمانه ثم تغريره للمالك حتى اكله سبب اخر
لضمانه فان الغار سبب اقوى من المغرور المباشر ولهذا يستقر الضمان على الغار
لو اكل المغرور مال ثالث بتغريره وبالجملة كما ان من غصب دابة احد ثم قتلها تحقق هنا
سببان فعلي وشأني فالاول هو الغصب والاخير هو الاتلاف بالقتل كذلك من غصب مال احد ثم
اطعمه من صاحبه فانه يتحقق هناك سببان فعلي وشأني احدهما الغصب والاخر تغريره
للغير حتى اتلفه فان هذا سبب مستقل في الضمان لو لم يكن هناك غصب ومن ثم لو قال
لغيره ان هذا مالي وابحت لك اكله فاكله ضمنه وان لم يستول عليه اصلا وهذا ظاهر
وقد اتضح بما ذكرنا ان السر في عدم ارتفاع الضمان عن الغاصب فيما ذكره الشهيد ره
في اللمعة وغيره من الفقهاء من انه لو غصب شاة فاطعمها المالك جاهلا بكونها
شاته ضمنها الغاصب ليس هو انه ليس هناك تسليم تام لعدم التصريح بانه ملكه وعدم
الاطلاع على انه مملوكه كما ذكره الشهيد الثاني ره في الشرح كيف لا والتسليم هناك موجود
والاستيلاء حاصل وهو هنا الاكل من دون اذن الغاصب باعتقاد انه مال
الغاصب كان متلفا ويسقط به ضمان الغاصب لحصول الاستيلاء وان
لم يعلم بكونه ما وصل اليه ملكا ولحصول الاتلاف الموجب لسقوط الضمان على اولى
فافهم بل السر في ذلك ان التغرير سبب اخر في الضمان فلا يكون سببا في رفعه
السر في كون التغرير سببا للضمان ان الغار يضمنه لنسبة الاتلاف اليه بل هو اقوى من المباشر
ولذا يستقر الضمان عليه ويرجع المغرور عليه لكن فيه تامل اذ لا نسلم كونه سببا اقوى

بل المباشر اقوى لكونه فاعلا مختارا غير مضطر وضعف السبب انما تحقق فيما لو ضعف المباشر
بحيث يكون كالالة للسبب وهنا ليس كذلك ومن هنا ينقدح اعتراض اخر على الشهيد الثاني ره
فان تحقيق ان السرقة كونه سببا للضمان هي القاعدة الناطقة بان المغرور يرجع على من غره لا ان الكلام
ان ذلك الكلام مروى وهو الموجب لاستقرار الضمان على الغار اذا كان المغرور متصرفا في ملك
الغير هذا ولو باعه مالم الذى غصبه منه وشرط عليه اتلافه كما لو باع حنطة المغصوب منه
وشرط عليه احراقه اليوم فاشتراه فاحرقه فهل هذا ايضا في حكم الغرور ومن اقسامه حتى
لا يوجب سقوط الضمان بل يؤكده ام لا فيه اشكال ولا يبعد ترجيح الاول لصدق الغرور
على مثله عرفا [illegible] على الحكم المذكور ايضا [illegible] في الاوقاف المبتاعة وقد ثبت [illegible]
بعد ان اولدها المشترى انه ياخذ الجارية صاحبها وياخذ الرجل ولده بالقيمة فان
ضمان الولد بالقيمة مع كونه نماء لم يستوفه المشترى يستلزم ضمان الاصل بطريق اولى
وليس استيلاء وهو من قبيل النماء بل من قبيل الاحداث فانما هو عن قابل للملك فهو كالتلف
لا المتلف كما لا يخفى الاستدلال بالحديث موقوفا على ان لا يكون هناك سبب للضمان
غير اليد وقد كان يحتمل انه يقال في المقام ان الضمان هنا لسبب اخر وهو الاتلاف
حيث انه اتلف الولد على المالك بمعنى انه اخرجه عن تحت سلطنته بالحرية اراد ره انما
الاستدلال بان ما في الحديث انما هو من باب التالف لا من باب ما اتلفه الرجل
لان الاتلاف عبارة عن افناء ما كان موجودا وليس الحال فيما نحن فيه على هذا المنوال
لانه اوجد النماء بانعقاد نطفته في رحمها غاية ما في الباب انه اوجد النماء غير قابل
للملك من اول وجوده حيث القى في رحمها نطفة الحر هي نطفة حر ومن شانها ان
يتبعها الولد فيصير من قبيل التالف وان شئت عبرت عن هذا المطلب بعبارة اخرى
وهي ان احداثه من حيث القاء النطفة وحريته ليست منه لانها حكم من جانب الله فلا
يتحقق هنا الاتلاف الذى هو سبب اخر للضمان وح فينحصر الضمان المستند الى اثبات

اليد

اليد عليه ويتم المطلوب من الاستدلال بالحديث واورد عليه بعض من تاخر بان المحقق ره
قد اعترف بانه من قبيل التالف ولا ريب ان الرجل صار سببا للتلف وان لم يكن متلفا
مباشرا للاتلاف وذلك لانه القى نطفته التى هى نطفة الحر في رحمها فحكم الله على المخلوق
منها بالحرية فيتحقق سببيته وان لم تتحقق مباشرته ومن المقرر فيما يليق به من ابواب
هذه الصناعة ان من جملة اسباب الضمان سببية الاتلاف وان كان عند اجتماع
السبب والمباشر يقدم الثاني الا ان يكون ضعيفا في جنب الاول فان ذلك غير مانع
من عد سببية الاتلاف من اسباب الضمان كما هو ظاهر ومن البين ان مجرد نفى
سببية الاسباب الاخر للضمان وهو الاتلاف لا يكفى في كون ما نحن فيه من قبيل ما ينحصر
فيه اثبات اليد سببا للضمان بل لا بد من نفى غيره من الاسباب التى كل واحد منها عنوان
مستقل موجب للضمان ومن جملتها سببية الاتلاف قوله كما صرحت به القاعدة
المعروفة وصف القاعدة في الرياض بالشهرة وفي كتاب الغصب منها بكونها متفقا
عليها وفي شرح القواعد بالشهرة وبكونها مجمعا عليها وبكونها موافقة للقواعد
الشرعية قوله كما هو مقتضى القاعدة اصلا وعكسا وان لم اجد هذه العبارة في كلام من
تقدم على العلامة ره ظاهرا وانما هي موجودة في كلام العلامة ره الذى عثرت عليه في كلامه
ما ذكره في كتاب الرهن من التذكرة حيث قال اذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه
ضمان لانه قبضه بحكم انه رهن وكل عقد كان صحيحه غير مضمون ففاسده كذلك وكل
عقد كان صحيحه مضمونا ففاسده مثله اما الاول فلان الصحيح اذا وجب الضمان فالفاسد اولى
باقتضائه واما الثاني فلان من اثبت اليد عليه اثبتها عن اذن المالك ولم يلتزم بالعقد
ضمانا ولا يكاد يوجب التسليم الا من مقتضى الصحة انتهى وفي الروضة في ان قبض
المشترى المبيع والحال هذه يعني ان البيع فاسد شئ من الوجوه التى ذكرها كان مضمونا
عليه لان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وبالعكس هذا كلامه ره وفي كتاب الرهن من [illegible]

على الدين المؤجل وشرطه انه ان لم يؤد الدين في ذلك الاجل يكون الرهن مبيعا له بالدين
او بثمن مخصوص فانه لا يصح الرهن ولا البيع اما الرهن فلانه لا يتوقت الا بالوفاء
اما البيع فلانه لا يتعلق الى ان قال اذا تقرر ذلك فلو قبضه لم يكن على هذا الوجه
ضمنه بعد الاجل لا قبله لانه في مدة الاجل رهن فاسد وبعده مبيع فاسد وفاسد كل
عقد يتبع صحيحه في الضمان وعدمه فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده
كذلك وحيث كان صحيح البيع مضمونا على المشتري ففاسده كذلك هذا كلامه ره وفي
معنى العبارة المذكورة للقاعدة عبارة اخرى ذكرها في التذكرة حيث قال في فساد عقد
المسابقة وركن المسابقات على فسادها وسبق الذي صححنا المسابقة لا يستحق السبق
المشروط قال الشيخ ره لا يستحق شيئا على باذل المال لانه لم يعمل شيئا وفائدة
عمله ترجع اليه بخلاف ما اذا عمل في الاجارة او الجعالة الفاسدتين فانه يرجع العامل
الى اجرة المثل لان فائدة العمل ترجع المستاجر والجاعل وللشافعية قولان احدهما
انه لا يستحق الفاضل شيئا لانه لم يفوت عليه عمله ولا عاد نفع ما فعله اليه وقال
اكثرهم يجب له اجرة مثله لان كل عقد استحق المسمى في صحيحه فاذا وجد المعقود
عليه في الفاسد وجب عوض المثل كالاجارة والعمل في القراض وقد لا ينتفع به
المالك ومع ذلك يكون مضمونا فعلى هذا ان كان الفساد لخلل في السبق كما لو
بان يكون خمرا او خنزيرا او مجهولا فالرجوع الى اجرة المثل الى اخرها قال ره ولكن
لا يخفى عليك ان مؤدى هذه العبارة لا يجري في العارية لان المالك يستحق المسمى في
صحيحها ما دام موجودا فاذا هلك استحق عوضه ان كانت العارية مضمونة وكذا
في فاسدتها فلا يجري فيها ان كل عقد استحق المسمى في صحيحه فاذا وجد المعقود عليه في
الفاسد وجب عوض المثل وشملها عبارة الشهيد الثاني ره الآتية الا ان الحق ان
هذه قاعدة اخرى اخص من القاعدة التي عليها الكلام كما ان اجرة المثل في عبارة

ذلك

الشهيد

الثاني ره اناطها بالنظر الى المورد ولهذا اعتبر في العارية المضمونة الفاسدة بالعارية
الاولى فافهم فوكسي ولم اجد من تامل فيها عدا الشهيد ره في لك فيما لو فسد عقد
السبق فهل يستحق السابق اجرة المثل ام لا قال ره بعد تقسيم الفساد الى قسمين
احدهما ان يكون ابتدائيا بحيث لم ينعقد العقد اصلا والاخر ان يكون طاريا بان
العوض مستحقا مع عدم اجازة المالك فان كان فساده من الجهة الاولى فقد قطع العلامة
بانه لا شيء للسابق وهو اختيار الشيخ ره ووجهه انه لم يعمل شيئا ولا فوت عليه عمله ولا
عاد نفع ما فعله اليه وانما فائدة عمله راجعة اليه فيه بخلاف ما اذا عمل في الاجارة والجعالة
الفاسدتين فانه يرجع الى اجرة مثل عمله لان فائدة العمل للمستاجر والجاعل وذهب
العلامة ره وجماعة من المتاخرين الى وجوب اجرة المثل لانه عقد استحق المسمى في صحيحه واذا
وجد المعقود عليه في الفاسد وجب عوض المثل ولا نسلم ان وجه وجوب اجرة
المثل في العقدين ونظائرهما رجوع عمل العامل الى من يجب عليه العوض لان العمل
في القراض قد لا ينتفع به المالك ومع ذلك يكون مضمونا انتهى قال ره وعندي فيه نظر
لان الالتزام لم يقع الا على تقدير العقد الصحيح والاصل برائة الذمة من وجوب
شيء اخر غير ما وقع عليه العقد والفرق بين هذا العقد وبين ما يجب فيه اجرة المثل
من العقود واضح لان من جملة ما ذكره من رجوع نفع عمل العامل الى من يخاطب
بالاجرة حتى يرد عليه مثل العمل الذي لا يعود به عليه نفع في القراض بل لان
تلك العقود اقتضت امر العامل بعمل له اجرة في العادة فاذا فسد العقد المتضمن للعوض
المخصوص بقي اصل الامر بالعمل الموجب لاجرة المثل بخلاف هذا العقد فانه لا يقتضي
امرا بالفعل فان قوله سابقتك على ان من سبق منا فله كذا ونحو ذلك من الالفاظ
الدالة على المراد ليس فيها امر ولا ما يقتضيه بفعل له اجرة في الاصل برائة الذمة
من وجوب شيء اخر غير ما تضمنه العقد وقاعدة ان كل ما كان صحيحه موجبا للمسمى ففاسده

موجب لاجرة المثل لا دليل عليها كلية بل النزاع واقع في بعض موارد ها فلولا الاجماع
ولا دليل صالح يدل على ثبوتها فالاصل يخالف مدعي القاعدة وهذا ما اهمنا ذكره
من كلام صة ووافق في التامل في القاعدة المذكورة المحقق الاردبيلي في شرح قول
العلامة والمقبوض بالسوم او البيع الفاسد مضمون على المشتري وسيجيء ذكره
انه تعرض لكلام المصنف ثم بالجملة فكلامه حسن بل لعلها فيه شائبة الايقاع او كان
اقرب اليه فيشمل الجعالة والخلع اقا دية ان الجعالة والخلع من قبيل ما اشتمل
على جهة العقد والايقاع وينبغي الاشارة الى ما يوضح ذلك فنقول اما الاولى
فقد اختلف فيها كلمات الاصحاب من حيث كونها عقدا او ايقاعا وظاهر الوجه
فيما افاده صة مما وقع ضمهم في ذلك الكلام فلا بد من التعرض لها حتى يتضح المقصود
فنقول قال العلامة في التذكرة الجعالة عقد جائز من الطرفين اجماعا للجاعل فسخها
فيها قبل التلبس بالعمل وبعده قبل تمامه لان الجعالة تشبه الوصية من حيث كونها
تعليق استحقاق بشرط والرجوع عن الوصية جائز وكذا ما يشبهها واما بعد تمام
العمل فلا معنى للفسخ ولا اجر لان الجعل قد لزم بالعمل انتهى وفي جامع المقاصد
ان ظاهرهم ان الجعالة من العقود فيكون القبول فيها فعليا ومفهوم قول
المصنف بعد ذلك ولا القبول نطقا يعطي هذا انتهى وفي الروضة ولا يفتقر الى
قبول لفظي بل يكفي فعل مقتضى الاستدعاء به انتهى وغرضه الاكتفاء بالقبول الفعلي
كما هو الشأن في العقود الجائزة بل في الجواهر عن بعضهم حمل الكلام في نفي القبول
نفوك منهم على نفي القبول اللفظي وكلام ابن ادريس في السرائر صريح في كونها عقدا قال
في باب البيع ما لفظه واما الوكالة والعارية والوديعة والقراض والجعالة فلا يمنع
من دخول الخيار فيها مانع لان هذه العقود جائزة من جهة المتعاقدين
غير لازمة فمن اراد الفسخ فسخ انتهى واراد بالخيار بعنوانها التحلي في خيار الشرط كما يدل عليه فافهم

على العبارة من كلامه

على العبارة من كلامه واستظهر في الجواهر من قول المحقق في بيع كتاب الجعالة والنظر في الايجاب
والاحكام واللواحق اما الايجاب فهو ان يقول من رد عبدي او ضالتي او فعل كذا فله كذا
ولا يفتقر الى قبول كونها ايقاعا حيث اقتصر على ذكر الايجاب واولى الكلام في نفي القبول
نفوك بطرق كلام اخر مضافا الى وضعها في قسم الايقاعات من كتابه المذكور ثم قال والمعلم
الاصح فيحصل من ذلك ان لهم قولين في المسئلة احدهما انها من قبيل العقود الجائزة
وقبولها فعلي وهو مباشرة العامل للعمل وثانيهما انها من قبيل الايقاعات فلا قبول لها
اصلا والذي يصلح حجة للقول الاول حسنة علي بن جعفر عن اخيه المروي عن كتابه
سألته عن رجل قال لرجل اعطيك عشرة دراهم وتعلمني عملك وتشاركني هل له ذلك قال اذا رضي
فلا باس تقريب انه علق نفي الباس على رضا صاحب الجعالة على الذي هو عبارة عن القبول
المقتضي بمفهومه ثبوت الباس مع عدم رضاه ولا شيء من الايقاعات يعتبر فيه رضا صاحب الموقع
واجاب عنه في الجواهر بان مجرد الرضا لا يصير قبولا ضرورة عموم ما يوجد في ضمن القبول وليس
المراد القبول العقدي بل المراد منه مجرد تراضيهما على ذلك اذ لا دلالة للفظ على ما زاد
عليه فلا يدل الخبر على اشتراط القبول به قوام معنى العقد حجة القول الثاني وجوه ذكرها
صاحب الجواهر احدها صحة عمل المميز في الجعالة بلا اذن وليه بل قبل اذن غير المميز والمجنون
وجهها ومن المعلوم عدم صحة ذلك مع فرض اعتبار القبول فيها ولو فعلا لسلب قابلية
الصبي والمجنون قولا وفعلا عن ذلك ولذا لا يجوز معه عقد من العقود الجائزة ثانيها
صحتها من غير مخاطب خاص والعقد يقصد فيه التعاقد من الطرفين وهو منتف هنا
خصوصا ان قلنا بصحتها ممن لم يسمع عبارة الجعل ممن يقصد العوض كما هو احد الاحتمالين
في القواعد بل في الدروس انه الاقرب وعن الايضاح ان الاصح بل هو خيرة الكركي ايضا اذ لم يكن
الراد عالما بان الجعل بذل ... الجعل تبرع وان قصد العامل العوض لعدم انطباقه من التبرع
ثم حكم لا غير العالم وعلى كل حال فوجهه صحة عنوان الجعالة فرض كون الصيغة تشمل العامل

وقصده الرجوع فالمقتضي ح موجود والمانع مفقود ودعوى اعتبار قصده بالعمل جوابا
لايجابه في الرجوع بالعوض لا دليل عليها بل مقتضى الاطلاق والادلة خلافها بل ظاهر الفاضل
في عنده احتمال الاكتفاء في الرجوع بالرد لا على قصد التبرع ولا الاستحقاق ثم الظاهر انه لا يعتبر
فيها المقارنة بين الايجاب وبين ما تحمل كونه قبولا في هذا المقام وكذا غيرها مما يعتبر
في العقود مع انه لا دليل على اخراجها عنها الا لو كان له قابل ح بل يقوى في الظن ان الجعالة
على نحو التسبيب الصادر من الآمر نحو من فعل كذا فله كذا المعلوم كونه غير عقد
ادعى ح ان اطلاق اسم العقد عليها وان وقع في كلام جماعة منهم المحقق في حيث قال
ويجوز ان يكون العمل مجهولا لانه عقد جائز الا انه يمكن حمله على ارادة العهد منه بل
ينبغي الجزم به لتصديقه ح مع ظاهرهم او صريحهم الايقاعية ثم انه قد زاد على ذلك كله
ما ذكره بقوله ويؤيده زيادة على ما ذكرنا ترتب اثرها على من لم يرد الفعل اولا ثم اراده
فعل حتى لو تلبس بالعمل ثم رفع يده عنه ثم عاد اليه وان توقف فيه بعضهم بناء على
العقدية والايقاعية لكن التحقيق محله للصدق وليس ذلك الا لانها من باب التسبيب و
الا جمع فرضي كون ذلك فسخا او كالفسخ لابد من ايجاب جديد وجواز تشريكه في الجعالة
من باب الاذن لا من نفس عقدها كان القبول هنا في الصيغة العامة اذا كان العمل قابلا
للتكرار تقتضي كونها بمنزلة عقود متعددة حتى يكون الفسخ من بعضهم مختصا به في نحو
وبالجملة فالتأمل التام خصوصا بعدما تسمعه من الاحكام الآتية لا انها اوفق بجعلها من العقود
العامة مع فرض عدم دليل مخرج لها يقتضي انها بالتسبيب اشبه ودعوى انها كالوصية التي هي
ايجاب بما افعل كذا ونحو لا يخفى عليك ما فيها بعد الاحاطة بما ذكرناه في الوصية وانها
قسمان وصية عهدية وليست من العقود في شيء واخرى عقدية وهي بمنزلة الهبة ومن
هنا لا يمنع ايقاع الجعالة في بعض افرادها على نظم العقد المشتمل على الايجاب والقبول وانما
الكلام في اصل مشروعيتها على وجه اذا فقد بعض ما يعتبر في العقود تكون باطلة الا ان

قال

قال وعلى كل حال فلا ريب في عدم اعتبار ما يعتبر في العقود المصطلحة في الجعالة بل نحو ذلك وان
كان له فعلها بكيفية العقد بل لا يبعد اعتبار ما يعتبر فيه ح نية حكي عن الكركي انه قطع
القائل في النزاع في كون الجعالة ايقاعا او عقدا فيما لو فعل العامل لا بقصد العوض ولا بقصد
التبرع بعد الايجاب فعلى الاول يستحق العوض لوجود المقتضي له وهو الصيغة مع العمل وعلى
الثاني لا يستحق وان كان قد عمل لان المعتبر في القبول الفعلي ليس هو مجرد الفعل
بل لابد معه من انضمام الرضا والرغبة لاجله لما نبه عليه في الوكالة والذي ذكره في
الوكالة عدم الاكتفاء في قبولها العقدي بفعل ما وكل فيه بل لابد فيه مع ذلك من اقترانه
بالرغبة والرضا ووقوعه قبل ان يرد وكان ما له اعتبار قصد ارتباط القبول
بالايجاب وعقده به واما الثاني اعني الخلع فتوضيح القول فيه يتوقف على ذكر جملة
من كلمات الاصحاب ففي كشف اللثام انه لو قالت طلقني او خالعني بالف فقال في الحين
على الفور بما عرفت من ان سؤالها بمنزلة القبول وان الخلع من المعاوضات ولابد في
جميعها من تقارن الايجاب والقبول فان اخر او اتى بلفظ الطلاق ولم يتعقبه قبول
فالطلاق واقع ولكنه رجعي ان جازت الرجعة الا على ما عرفته من احتمال البطلان
اذا لم تقصد الا الطلاق بعوض وتعليلها انتهى وهذا الكلام يعطي كونه من العقود — الا عوض م
فليتفق واذا قال خالعتك او خلعتك على كذا فلابد من القبول ان لم يسبق منها السؤال
فانه افتداء وبمنزلة المعاوضة لا يتم الا برضى الطرفين فان سبق السؤال منها وجب
ان يقع الايجاب عقيبه بلا فصل فيكون السؤال بمنزلة القبول وكانه لا خلاف في ذلك
ويدل عليه الاصل وظواهر الاخبار وكونه طلاقا واما الاتصال فلانه لا يتطرق
احتمال الرجوع عما رضيت به من العوض ولا يحصر لفظ السؤال في شيء ولعل
السر في تحقق اللفظ من طرفها دون الزوجة من طرفه د ونحوه انتهى وهذا الكلام
يستفاد منه امران احدهما انه بمنزلة المعاوضة وليس معاوضة حقيقية وقد صرح

في مسئلة تخالعهما على مستحقة بانه ليس معاوضة محضة وثانيهما انه لازم من طرف
الزوج جائز من طرف الزوجة وقد اشار اليه في الروضة حيث عرفه بانه طلاق بعوض
مقصود لازم لجهة الزوج وفي الروضة وفي صحته يعني بذل الفدية من المتبرع بالبذل
من ماله قولان اقربهما المنع لان الخلع من عقود المعاوضات ولا يجوز لزوم العوض لغير صاحب
المعوض الى ان قال ووجه الصحة انه افتداء وهو جائز من الاجنبي كما تقع الجعالة
منه على الفعل لغيره وان كان طلاقا فهذا مما ظاهرها من كلامهم وهو يعطي ان لهم فيه وجهين
وان لم تحقق لنا ان لهم فيه قولين على الطرفين من كونه عقدا عند بعض وايقاعا
عند اخرين ومثله ما في كشف اللثام عن العلامة في التحرير في تعداد بعد قوله في القواعد
نعم لو رجعت هي في البذل جاز له الرجوع في العدة لما دلت عليه الاخبار والفتاوى
انه لا خلاف فيه ولكن حكى ابن حمزة اما اطلاقا او قيدت المرأة بالرجوع فيما افتدت
والرجل بالرجوع في بضعها وكلاهما جائز فان اطلقا لم يكن لاحدهما الرجوع
بحال الا برضا الاخر وان قيدا لم يخل اما ان قيدها بالعدة او لم يلزم فان لزم فان لهما
له الرجوع ما لم تخرج من العدة فان خرجت منها او لم يلزم العدة لم يكن لهما الرجوع
الا بعقد جديد ومهر مستانف ونقل عنه ايضا في المختلف بناء على انه معاوضة
فلا بد من التراضي انتهى وفي كشف اللثام ايضا وهل يصح البذل من المتبرع الاقرب
المنع وفاقا للشيخ وغيره لخروجه عن معنى الخلع فانما اضيف الافتداء في الاية
والاخبار اليها ويحتمل الصحة بناء على ان البذل ليس الا افتداء او جعالة وما يوقعه
الزوج ليس الا ايقاعا ويجوز الافتداء من غير المفتدى والجعالة كما يجوز التزام مال ليعتق
عبده او يطلق زوجته هذا ما همنا نقله من كلامهم ومن تأمل فيه وفيما قبله من
عبارة الروضة اتضح له كون الخلع ايقاعا لان البذل في الخلع ان كان من قبيل الجعالة
التي لابد وان تكون في مقابل عمل من المجعول له وهو هنا عبارة عن ازالة قيد النكاح

فلا

فلا يكون الخلع الا عبارة عن ازالة قيد النكاح التي هي ايقاع محض ولا يتوجه لكون
عقدا حتى على القول بكون الجعالة عقدا ضرورة انه من قبيل متعلق الجعالة لا نفسها
وكذا الافتداء فانه من المرأة عبارة عن اعطائها مالا وجعلها له حتى تتخلص منه فالخلع
فدت المرأة نفسها منه وجعلها افتدت اعطت مالا حتى تخلصت منه بالطلاق
ومع فرض كون ما يوقعه الزوج ليس الا ايقاعا كما وقع في كلام من مر لا يكون
الافتداء الا عبارة عن مجرد البذل للداعي وان حصل المبذول له الى الاقدام على
العمل المطلوب فلا يكون بذله عوضا حتى يكون المجموع من بذلها والطلاق من الزوج
عقدا وقد اوضح هذا المعنى غاية الايضاح بتمثيله بما لو التزم رجل مالا لرجل ليعتق
عبده او يطلق زوجته فان ذلك لا يصير بذله عوضا وانما بذله للداعي حصول
الرغبة لمن بيده الامر فيما يريده منه فكما ان عتق العبد في الصورة المفروضة و
طلاق الزوجة فيها ليسا الا من قبيل الايقاع ولا يخرجان الى الاتصاف بكونهما
من قبيل العقود كذلك الحال في الخلع بعد كون البذل فيه افتداء محضا او ضمنا
ولما ان المجموع من بذل الباذل وعتق صاحب العبد او تطليقه زوجته لا يصير
عقدا كذلك المجموع من بذل الزوجة وتطليق الزوج لا يصير عقدا ومن جميع ما ذكرنا
ظهر انه لو لم يكن الالتزام باب الجعالة والخلع من قبيل الايقاع اقوى فلا
اقل من كونهما كلها شائبة او كونهما اقرب اليه كما افاده المصنف قدس سره والمراد
بالضمان في الجملتين هو كون درك المضمون عليه بمعنى خسارته وداركه في ماله او صلة
تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه واما مجرد كون تلفه في ملكه بحيث
يتلف مملوكا له كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان اصلا ولذا لا يقال ان الانسان
ضامن لامواله اعلم ان لفظ الضمان في الفاسد مما لا اشكال فيه واما الضمان
في الصحيح فقد صرح العالم الجليل الشيخ علي في حواشي الروضة بكون تلفه من

كون

اريد تعلق الضمان في القاعدة قال بعضهم معلقا على عبارة القاعدة معنى قولهم في القاعدة كل عقد
يضمن بصحيحه يضمن بفاسده كل عقد يضمن المال والشيء فيه بسبب كونه صحيحا يضمن
بسبب كونه فاسدا يعني ان صحة العقد ان كانت سببا للضمان كان الفساد كذلك فان
الصحيح مثلا سبب في كون المبيع اذا تلف كان من مال المشتري فكذا البيع الفاسد
وما لا يضمن بصحيحه كالعارية ومال المضاربة والوديعة ونحو ذلك فان صحيح مثله
لا يوجب الضمان فكذا فاسده انتهى وهذا هو الذي اشار المصنف الى دفعه بقوله
مجرد كون تلفه في ملكه بحيث تلف مملوكا له كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان
اه وزعم بعض من تأخر ان صاحب الجواهر قد فسر الضمان بكون تلفه في ملكه
وانه المقصود بتعريض المصنف وستقف على حقيقة الحال ان شاء الله ثم ان ذلك
البعض اعترض على المصنف بان تفسير الضمان بما ذكره لا يتم من احتمالين احدهما
ان المشتري بالعقد الصحيح اذا تلف عنده المبيع كان ضامنا له بماله الاصلي يعني
الثمن الذي كان سابقا من مال المشتري فالمراد بضمان العقد الصحيح هو وجوب
اداء ما كان ماله سابقا عند تلف المبيع بازاء ما كان ملكا للبايع سابقا وهو المبيع الذي
هو ملك المشتري بالفعل فتسميته وجوب اداء الثمن الذي ليس من ماله بالفعل
في مقابل المبيع الذي هو ماله بالفعل ضمانا انما هو باعتبار الحالة السابقة يعني
وجوب دفع ما كان ماله سابقا في مقابل التالف الذي كان في الزمن السابق مالا
للبايع ثانيهما ان التعبير بالضمان ليس باعتبار ملاحظة الحالة السابقة كما كان
في سابقه بل باعتبار دفع ما هو ماله الاصلي في مقابل ما هو ماله بالفعل فالمراد بالضمان
وجوب اداء ما هو من ماله الاصلي يعني الثمن في مقابل ماله الفعلي الذي هو المبيع
فيصير حاصل التعبير بالضمان الى دفع مال في مقابل مال ولا وجه لشيء منهما اما
الاول فلانه يتجه عليه اولا ان دفع ما كان مالا للدافع سابقا مع خروجه

عن ملكه

عن ملكه بالفعل الى ملك المدفوع اليه في مقابل ما كان مالا للمدفوع اليه سابقا مع خروجه عن ملكه
بالفعل الى ملك الدافع ليس من معنى الضمان حقيقة بل هذا اداء الدين في الحقيقة لان موضوع
عقد البيع صحيحا صار المبيع ملكا للمشتري وانتقل الثمن الى ملك البايع فاذا قبض المشتري
المبيع وتلف عنده بعد قبضه فاداء الثمن حينئذ ليس الا من قبيل اداء الدين الواجب عليه فلا
يكون من ضمان المبيع بعوضه لان المفروض انه بنفس العقد انتقل المبيع الى المشتري فلا معنى
لضمانه بعوضه في حال التلف الذي هو متاخر عن المعاوضة وانتقال كل من المالين
الى صاحب المال الاخر الثاني ان هذا المعنى ليس مراد الاصحاب اذ لم يريدوا انه يطرء
الضمان عند التلف مع تاخره عن العقد الذي هو البيع مثلا حتى يقال ان خسارته وتركه
في حال التلف يعني وجوب دفع ما كان ماله سابقا مع خروجه عن ملكه بالفعل الى
ملك المدفوع اليه في مقابل ما كان مالا للمدفوع اليه سابقا وانما ارادوا انه تحقق الضمان
بنفس العقد واما الثاني فلان محصله ليس الا ما ذكره صاحب الجواهر من التفسير
هو كون التلف في ملكه وانه يذهب من كيسه وهو معنى كونه تلف مملوكا لان وجوب
دفع ماله الاصلي في مقابل ماله الفعلي ليس الا عبارة اخرى عن كون التلف التالف
تلف من ماله ويذهب من كيسه وهو الذي ذكره صاحب الجواهر في تفسير الضمان
فهو كر على ما فر منه هذا كما ذكره ذلك البعض واورد عليه لم يرد المصنف ان الضمان متاخر عن
وقت العقد الى وقت التلف حتى يقال ان اداء عوض ما ملكه بالعقد المسمى فيه
عبارة عن اداء الدين وليس ضمانا للمعوض عنه وانه متاخر عن العقد ليس مراد
الفقهاء وانما اراد ان معنى الضمان بالعقد الصحيح هو ان كلا من المتعاقدين بمجرد
التعاقد يضمن مال الاخر ويلتزم بعهدته بماله الاصلي والتقييد بالاصلي انما هو في
مقابل المال الذي يحصله بنفس العقد وهو مال صاحبه الاصلي ومراده ان العقد الصحيح
يضمن به يعني انه يلتزم بعهدة المال الذي يحصله بنفس العقد ويضمنه بماله الاصلي وانه لو تلف

ذلك المال الزم بخسارته ودركه من ماله الاصلي فان قلت لو كان مراد المقررة لما تقول ضمان
العقد هو الذي يحدث ضمان المال الذي يريد ان يحصله على ماله الاصلي في حال وقوعه
فلم قيد بالتلف المفيد لكون الضمان وقت التلف قلت ذكر التلف لاجل موضوع الخسارة
لا لتوقيت الضمان به وذلك لانه مع عدم التلف لا يجري عليه خسارة من جهة انه ما اخذه
عوضا عما يعطيه بخلاف صورة التلف فانه تلف بضرر كان لم يأخذه ووقع خسارته
عليه ويلزمه الخروج عن عهدته فمعنى ضمانه في صحيح العقد هو انه بمجرد العقد يلزم
المشتري مثلا انه لو تلف المبيع لزمه الخروج عن عهدة تلفه ووقع عليه خسارته ولهذا
انه يذكر التلف بصورة التفريع وقال فاذا تلف ووقع نقصان فيه لوجوب تداركه
منه ومراد صاحب الجواهر ره ليس الا ما في المقررة وتوضيح الحال انه قد تعرض
سلطان العلماء ره في حواشي الروضة لتفسير القاعدة فقال اي كما يضمن المشتري بصحيحه
لو فات المبيع بمعنى انه يذهب من ماله ويلزم عليه ايصال الثمن الى البايع كذلك المشتري يضمن
بفاسده ويلزم عليه رد المبيع وايصاله الى البايع مع نمائه وكذا في ساير العقود اللازمة
فيعتبر ما قلنا في حق الموجر والمستاجر وامثالهما انتهى وتبعه على هذا التفسير صاحب
الرياض ره فذكر ما ذكره بعينه الا قوله مع نمائه ووافقه على ذلك صاحب الجواهر ره فذكر
العبارة المذكورة بعينها الى قوله مع نمائه وزاد في ذيله التعليل بانه باق على ملكه فاذا تلف
كان مضمونا عليه انتهى ولا يخفى على من له خبرة باساليب الكلام انه لم يقتصر على قوله
يذهب من ماله حتى يوهم ان المراد بالضمان مجرد تلف المال الذي اخذه من كيسه في ملكه
اعني الاخذ بحيث تلف مملوكا له بل عطف عليه على وجه التفسير قوله ويلزم عليه
ايصال الثمن الى البايع ومعلوم ان المراد به وجوب الخروج عن عهدته وهو الذي ذكره
المقررة وما ذكره العلامة في العبارة الاخرى من ان كل عقد استحق المسمى في صحيحه
فاذا وجد المعقود عليه في الفاسد وجب عوض المثل وما ذكره الشهيد الثاني ره من ان

كل ما كان

كل ما كان صحيحه موجبا للمسمى ففاسده موجب لاجرة المثل منطبقان على ما ذكرناه من التفسير
لان لازم كون المال الذي بيده انسان مستحقا للغير هو وجوب دفعه اليه وضمانه
له فتدبر ثم اني بعد تحرير المقام عثرت على كلام لبعض المعاصرين في كتابه حيث قال بعد
المناقشة في مدرك القاعدة ما نصه مع انها قد يقطع بان المحتمل وجهين الضمان بعقد
ما اقدم عليه من المقابل والضمان بمثله او قيمته بالتلف وهو الظاهر لانه المنساق عن
مفهوم منها وقضيته ان ظهورها في اتحاد معنى الضمان في الصحيح والفاسد القاضي بارادة
الاول مما لا مساغ لانكاره ثم قد يقطع بعدم ارادته له فلا بد من ارادة الثاني واليه
يرجع ما يظهر من بعضهم من ان المراد بها انه كما يضمن المشتري بصحيحه لو فات في يده
بمعنى انه يذهب من ماله ويلزمه ايصال الثمن الى البايع كذلك يضمن بفاسده ويلزم عليه رد المبيع
وايصاله الى البايع مع نمائه لانه باق على ملكه فاذا تلف كان مضمونا عليه بمثله او قيمته
ولكن قد يدفع بان الذهاب من ماله ليس معنى للضمان اصلا فلا يقال انه لا زال
ضامن لامواله وانما كان قد يعبر عنه بتعذر الحقيقة القاضي بارادة ذلك مع تعذر رجوعه
ودعوى انه المراد بالضمان فيهما كون المضمون عليه بمعنى كون خسارته ودركه في ماله
الاصلي فاذا تلف ووقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه فتارة يكون بعوضه الجعلي
في الصحيح واخرى بعوضه الواقعي وهو المثل او القيمة او اجرة المثل في الفاسد او باقل
الامرين منهما كما قيل به في بعض الموارد ويدفعها ان حقيقة الضمان ليست الا الثابت في
المتعلقة اراد به في الجملة الاولى مع انه لا تدارك في الصحيح ولذا يعد دفع الثمن خسارة
عرفا وان كان تلف المثمن قد يعد خسارة ولعل اطلاق الضمان عليه لذلك
فيكون مجازا لا حقيقة والتفكيك بين الجملتين للقرينة غير قادح بل العلم والحق
التزام ارادة قدر مشترك بينهما فرارا من لزوم ذلك مع شدة بعده كما هو واضح
فيراد بها ان الصحيح اذا كان موجبا للضمان قبل اقباض المبيع مثلا الى المشتري كان الفاسد

الضمان الالزامي ... م

انه كل عقد يوجب صحيحه البدل ففاسده يوجب المثل او القيمة او اقل الثمن ... م

موجب له بعد ايصاله اليه واختلاف الضامن في الحالتين لعله وجه من اختلاف معنى الضمان
اللهم الا ان يقال باختلاف هذا الحكم لان الضمان ح في الصحيح انما هو بمعنى رجوع المال
الى البائع والثمن الى المشتري لا الضمان حقيقة فتامل جيدا انتهى وفيه مواقع للنظر
تعلم وجهه في بعضها مما تقدم احدها انه زعم ان الضمان في عبارة سلطان العلماء
التي تداولها جماعة ممن تاخر عنه عبارة عن الذهاب من ماله وقد عرفت انه ضم
اليه لزوم ايصال الثمن الى البائع وانه المعتبر لم يرد بقوله واما مجرد كونه تلفه
في ملكه بحيث يتلف عليه كما لا يتوهم الاشارة الى رد سلطان العلماء وموافقيه بل اراد
الاشارة الى ما حكيناه عن العالم الجليل الشيخ علي في حاشية الروضة كيف لا وليس ما ذكره
الا محصل ما افاده والعجب منه انه حكى عبارة سلطان العلماء بتمامها ولم يلتفت الى ما
في صدرها ثانيها ان ما ذكره في رد الدعوى التي ذكرها ما افاده المعترض من
ان حقيقة الضمان ليس الا عبارة عن وجوب اداء المثل او القيمة لا وجه له لان الضمان
ليس الا عبارة عن الالتزام بالمال قال في المصباح ضمنته المال الزمته اياه انتهى
وفي القاموس ضمن الشيء وبه كعلم ضمانا وضمنا فهو ضامن وضمين كفله انتهى
وبعبارة اخرى هو التعهد بالمال وقد تعهد والتزم بالمبيع عند اشترائه من مالكه
بايقاع العقد وليس المثل او القيمة جزء من معناه نعم لما كان لازم الضمان وجوب
الخروج عن عهدة المال عند تلفه انصرف اطلاقه الى الالتزام بالمثل او القيمة
بل يستفاد من كلام الشهيد الثاني في اول كتاب الضمان انه عبارة عن مطلق التعهد
الشامل لاداء نفسه او بدله لا خصوص التعهد ببدله عند التلف قال رح والمراد به
بالمعنى الاخص قسيم الحوالة والكفالة لا الاعم الشامل لهما انتهى فانه يستفاد منه ان
الضمان بالمعنى الاعم يشمل الكفالة التي هي التعهد بالنفس بمعنى التزام احضار المكفول
من طلبه المكفول له وعلى هذا فليس ما ذكره المعترض قدس سره [illegible] فقد استعمل

الضمان

الضمان في معناه في المقامين غايته ما في الباب ان الخروج عن العهدة يتحقق في كل منهما
بامر مغاير للاخر ولا تفكيك ولا خروج عن حقيقة الضمان والالتزام اما التصيير
بالعقد وعند تلفه ما اراد تحصيله بعوض بعد الالتزام بعوضه ودفع خسارته
وان كان عند عدم تلفه لا يعد خسارة ثالثها ان ما ذكره من ان معنى القاعدة
هو ان الصحيح اذا كان موجبا للضمان قبل ايصال المبيع مثلا الى المشتري فالفاسد
موجب له بعد ايصاله اليه مما لا يخفى فساده على من له خبرة بكلماتهم اذ لا ينطبق القاعدة
هذا المعنى على الموارد التي اجروها فيها وقد عرفت تعبير العلامة والشهيد الثاني
بالعبارة الاخرى المنافية لهذا المعنى والمعاملة لما افاده المعترض فافهم رابعها
فاحتمال ان يكون المراد بالضمان في حكم يضمن بفاسده هو وجوب اداء العوض المسمى
نظير الضمان في العقد الصحيح ضعيف في الغاية تعريض على ما في شرح القواعد حيث قال بعد
ذكر القاعدة ومحصل [illegible] في اصل الضمان الا انها تحتمل فيها وجهان احدهما الضمان
بما اقدم عليه من المقابل وثانيهما قيمته ما بلغت وهو الظاهر لان النفقة عنه
مفهوم منها انتهى وعلى المناقشة بان ما ذكره من الاحتمال الاول مبني على
الضمان عقد بالعوض المسمى وما ذكره المعترض هو نفس العوض المسمى وهما
متغايران في [illegible] اذ يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على
ملك مالكه وان كان عند تلف احدهما يتعين الاخر للعوضية بان ينتقل التالف
منهما عند تلفه انا ما الى صاحب الاخر في مقابله وكذلك الاخر فحينئذ يتعين الباقي
للعوضية من هذا الان وقد احتمل المعترض نظير هذا في المعاطاة على القول بالاباحة
في كون تلف احد العوضين مملكا للاخر بان يقال ان التالف ينتقل انا ما
الى من ابيح له في مقابل ما ابيح له فيتلف في ملكه فيستقر ملك الباقي من العوضين
لمن ابيح له لكن لا يخفى عليك ان مثل ذلك لا يقصد به الا مجرد التصوير وبقي الحكم

بموقوفا على قيام الدليل قوله سره لان معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه في الفاسد
حتى يوجب ذلك تفكيكا في العبارة الوجه في عدم لزوم التفكيك واتحاد معنى
الضمان بصحيح العقد ليس الا الالتزام بعهدة المال الذي قدم على اخذه من
صاحبه بحيث لو تلف كان خسارته في ماله الخاص وهو هو المراد بالضمان في فاسد العقد
الا ان المصداق للمال الخاص الذي يدفع عوضا عن التالف مختلف فهو في
العقد الصحيح ما تواطئا عليه من حيث ان الشارع قد امضاه وفي العقد الفاسد
المثل او القيمة ومن المعلوم ان اختلاف المصاديق لا يوجب تعدد المفهوم
من اللفظ الواحد المكرر حتى يلزم التفكيك قوله سره ولعل المراد عارية غير الذهب
والفضة وغير المشروط ضمانها الاولى ترك المشروط ضمانها بناء على ما فسر القاعدة
بما من كون اقتضاء الصحيح للضمان بنفسه لانه يصدق على العارية المشروط ضمانها
انها بنفسها غير مقتضية للضمان والمقتضي له انما هو الشرط قوله سره ثم المتبادر
من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه اه لما كان المتبادر او القدر
المتيقن ضمان نفس متعلق العقد دون توابعه ففي الاجارة مثلا نفس متعلق
العقد هي المنفعة والعين تابعة له من جهة ان استيفاء المنفعة بدون تسليم
العين نفسها او من يقوم مقامها في الاستيفاء غير ممكن وكذا في البيع فان نفس
متعلق العقد هي العين والمنافع تابعة واذا كان المتبادر او القدر المتيقن
من مؤدى القاعدة هو ضمان نفس متعلق العقد فلا تجري بالنسبة الى العين
في الاجارة وبالنسبة الى المنافع في البيع لان مؤداها هو ان كل عقد يضمن نفس
متعلقه بصحيحه يضمن نفس متعلقه بفاسده فتكون القاعدة ساكتة عما خرج
عن نفس متعلق العقد من التوابع ويظهر الثمرة في هذا التفسير في المنافع الغير
المستوفاة فانها غير مضمونة في العقد الصحيح مع انها مضمونة في العقد الفاسد

وقد اورد

وقد اورد ربما الصورة النقض على القاعدة وبما ذكرناه من التفسير يندفع ما اورد من
النقض لسكوتها عن حال التوابع التي من جملتها المنافع الغير المستوفاة قوله سره
ويظهر من الرياض اختيار الضمان بفاسد ما ضمن اي بفاسد العارية المضمونة
سواء كان الحكم بضمانها ناشيا من الشرط كالعارية المشروط فيها الضمان او من نفس العين
المستعارة كعارية الذهب والفضة قال ره في كتاب العارية لو استعار من
الغاصب مع العلم بالغصب ضمن كلا من المنفعة والعين مع التلف مطلقا
ولو لم تكن عاريتها عارية مضمونة وكذا لو كان جاهلا لكن استقرار الضمان
هنا على الغاصب الا اذا كانت مضمونة فيضمن العين خاصة وللمالك في
المقامين الزام ايهما شاء بالعين التالفة وما استوفاه من المنفعة فان
الزم المستعير كان له ان يرجع هو على المعير بما يغرم مع جهله لاذنه في
استيفائها بغير عوض عنها وعن العين لو تلفت ولا كذلك مع علمه لاستقرار
الضمان عليه بسببه فليس له الرجوع بما غرمه وان الزم الغاصب لم يرجع على
المستعير الا مع علمه او كون العين مضمونة فيرجع عليه فيهما لاستقرار الضمان
عليه في الاولى واقدامه في الثاني على الضمان الثابت مع صحة العارية فكذا عليه
مع الفساد للقاعدة الكلية ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لكن هل لا يجب
الا ضمان العين دون المنفعة فانها ليست مضمونة بالكلية ولو في الذهب
والفضة بل المضمون فيهما هو العين خاصة ولا خلاف في شيء من ذلك فيما اجد
الا من المقدس في يع والفاضل في عد فلم يجوزا رجوع المالك الى المستعير مع جهله
لضعف مباشرته لغروره والسبب الغار اقوى والمتجه الاول كما افرض في
كلامهم من ان كل من ترتبت يده على المغصوب فان يده يد ضمان عالما كان او جاهلا
لعله العموم على اليد وهو اقوى انتهى ووجه ظهوره فيما ذكره المصنف من اختيا

الثالث ان [illegible] الذهب والفضة [illegible] لكن هذا انما [illegible] حكم عارية [illegible] المستعير [illegible] الذهب و الفضة في الشرع [illegible] الضمان [illegible] منه دام عمره

صاحب المسالك بأجرة الضمان في العارية المضمونة مطلقا سواء تسبب ضمانها من الشرط ام من
نفس العين اطلاقه قوله ره او كون العين مضمونة الشامل للقسمين خصوصا مع تصريحه
بأضعف الفردين من المضمونية اعني الذهب والفضة في قوله فانها ليست بمضمونة
ولو في الذهب والفضة وانما قلنا ان الذهب والفضة اضعف فردي المضمونية لان
الفرد الآخر عبارة عما اشترط فيه الضمان وهو اقوى فردي المضمونية من جهة التصريح فيه
بالضمان لفظا مضافا الى ان ثبوت حكم الضمان في حق مستعير الذهب والفضة مع
عدم علمه بالغصب خفي فكيف ينبغي للظاهر … حيث قال في شرح قول
المحقق ره ولو استعار من الغاصب وهو لا يعلم كان الضمان على الغاصب وللمالك
الزام المستعير بما استوفاه من المنفعة ويرجع على الغاصب لانه لم يشرع في استيفائها
بغير عوض والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب وكذا لو تلفت العين في يد المستعير
من الغاصب كانت في يد ضمان لما في كل من ثبتت يده على يده سواء كان عالما
بالغصب ام جاهلا على اصح القولين في المسألة لكن مع جهل المستعير له الرجوع
على الغاصب بما الزمه المالك لدخوله على ان تكون العين والمنفعة غير مضمونة ويستثنى منه ما اذا
كانت العارية مضمونة فانه لا يرجع ح على الغاصب بالقيمة لو تلفت في يده ويرجع
باجرة المنفعة اذا اخذها منه المالك وكذلك يرجع بعوض النقصان قبل التلف لانه غير مضمون
عليه وان كانت مضمونة لما سيأتي فيه ووجه ما اختاره المص ره من اختصاص الضمان بالغاصب
حيث لا تكون العارية مضمونة ان المستعير مغرور فضعفت مباشرته فكان السبب
اقوى والمتجه الاول والحاصل ان المالك مخير في الرجوع على ايهما شاء فان رجع على المستعير رجع
على الغاصب ان لم تكن العارية مضمونة والا رجع عليه بعين ما تقدم على ضمانه وربما
احتمل هنا ضعيفا رجوعه مطلقا لان استيفاء العين وجب في العارية وان كانت مضمونة
وهو مغرور مع الغصب فيرجع على من غره ولضعفه بان غروره في الغصب لا مدخل له هنا

في الضمان

في الضمان لانا هنا لم نضمنه من حيث الغصب بل من حيث كونها عارية مضمونة ودخل على ذلك
فاذا تبين فسادها لحق حكم الفاسد بالصحيح كما سلف من القاعدة وان رجع المالك
على الغاصب لم يرجع على المستعير ان لم تكن مضمونة والا رجع عليه بما كان يضمنه
لو كانت صحيحة ولا فرق في ذلك كله بين المنفعة والاجزاء والعين واطلاق المص ره رجوع
المستعير على الغاصب واختصاص الضمان به غير جيد بل كان عليه ان يستثني العارية
المضمونة انتهى ووجه ظهوره في اطلاق المضمونية الشامل لما اشترط فيه الضمان انه لم
نقل بان اظهر الفردين فكيف … فتامل اشارة الى دفع ما يقال انه في مورد مسألة خيار
التأخير ثلاثة ايام وهو ما لو باع ولم يقبض الثمن ولا اقبض المبيع ولذا اشترط
التأخير فيما المحكوم فيه بلزوم البيع على المبتاع يعني جميعا الى ثلاثة ايام وبانه
بانقضائها يثبت الخيار للبايع خاصة قد اختلفوا في ان تلف المبيع في اثناء الثلاثة
من المشتري كما عن المفيد وكثير ممن تبعه بل عن الانتصار والغنية الاجماع عليه او انه
تلف من البايع كما حكي عن جماعة اخرى بل وصف المص ره فيما يأتي من جملة انه هو
المشهور وان كان لا يظهر منه ره هناك ترجيح الثاني فلا يصح اطلاق القول بان
تلف المبيع قبل القبض من مال البايع لان القاعدة الجارية بين كافة العلماء الثابتة
بين علمائهم لا تكون مبنية على مذهب ره بل لا بد ان تساق على وجه يصح ان
تتداول بينهم على اختلاف مذاقهم بان يراد به معنى كلي جامع ينطبق على مذهب
كل من المختلفين فيكون المتحقق الصورة المفروضة عند القائلين بان تلف المبيع
في الثلاثة من مال المشتري سيما وان ما لضمانه لعدم اشتراطه فيها بالقبض ووجه
الدفع ان المص ره اعتبر السببية اعم من الناقصة والعلة ومع عمومها
لا تتفاوت الحال لان بعد الثلاثة سببية البيع لضمان المشتري مشروطة
بقبضه اتفاقا فلا بد من ان يراد معنى عام حتى يشمل القسمين كما ذكره المص ره

ولا يرى خصوص واحد منهما حتى يشكل الامر بما هو من مصاديق الاخير وانه اشارة الى دفع
ما يقال من ان البائع لو مكن المشتري من القبض في مورد خيار التأخير فلم يتسلم
ارتفع به الضمان وان لم يتحقق القبض من المشتري على ما حكي عن التذكرة وفوائد
القواعد فلا يكون القبض بنفسه ح معتبرا حتى يعد جزء للسبب فيكون السبب هو
العقد بنفسه ويكون علة تامة ووجه الدفع ان الشرط احد الامرين من قبض
المشتري او مجرد تخلية البائع اياه من القبض وان لم يقبض فلا يكون عقد
البيع علة تامة او انه اشارة الى دفع ما علمت ان يقال من ان كون تلف المبيع من مال
البائع انما هو اذا كان التلف بآفة سماوية واما اذا كان التلف من المشتري او من غيره فقد
المص ره فيما يأتي انه نسب الى الاكثر علم الخلاف في كونه بمنزلة القبض في سقوط الضمان وفي اتلاف
البائع او الاجنبي خلاف او وجوه منه كون ثمرة في كلام العلامة فيما اذا فرض محله فلا يكون
القبض شرطا حتى يمنع كون العقد علة ووجه الدفع مثل ما تقدم قوله ثم ان
المدرك لهذه الكلية على ما ذكره في المسالك في مسئلة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعا بعد
انقضاء الاجل هو اقدام الاخذ على الضمان قال ره فلو قبضه المرتهن على هذا
الوجه ضمنه بعد الاجل لا قبله لانه في الاجل رهن فاسد وبعده مبيع فاسد لان عقد البيع
صحيح في الضمان وعدمه فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلك وحيث كان
صحيح البيع مضمونا على المشتري ففاسده كذلك والسر في ذلك انهما تراضيا
على لوازم العقد فحيث كان مضمونا فقد دخل القابض على الضمان ودفع المالك عليه
مضافا الى قوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهو واضح وحيث لم يكن مضمونا
يكون التسليم واقعا على اعتقاد صحة العقد فلم يقصد المسلم ضمانا بل سلم
على قصد العدم ولم يلتزم المتسلم ضمانا ايضا فينتفي المقتضي له وهذا القسم انما يتم لو كانا
جاهلين بالفساد او عالمين بلا اذن الدافع في القبض فيكون بمنزلة الامانة

وكذا

وكذا لو كان الدافع عالما به والقابض جاهل اما لو انعكس اشكل من حيث ان للقابض
اخذ بغير حق والدافع توهم اللزوم والا لما رضي بدفع ماله فينبغي ان يكون مضمونا
لعموم الخبر المسالك فاذا ان الاصحاب وغيرهم اطلقوا القول في هذه القاعدة لم يخالف
فيها احد وعلى توجيهها بان المالك اذن في قبضه على وجه الضمان لا ضمان فيه
المسلم تسلم منه كذلك وعدم رضاه لو علم بعدم اللزوم غير معلوم فالاذن حاصل
والمانع غير معلوم انتهى وتمسكه ره في مسئلة قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد
الفاسد جعل نفس القاعدة في عرض الدليلين المذكورين في مسئلة الامور الثلثة
على نفي الضمان في تلك المسئلة حيث قال لا اشكال في ضمانه اذا كانا جاهلين
بالفساد لانه قدم على ان يكون مضمونا عليه فيحكم عليه به وان تلف بغير تفريط
ولقوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدي ومن القواعد المقررة في هذا الباب
ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده
ما اهمنا من كلامه ره وكيف كان فالدليل الذي تمسك به للقاعدة كلية
فيما حكاه كما اشار اليها المص ره في الكتاب بقوله الا ان يستدل على
الضمان فيهما بما دل على احترام مال المسلم مثل ما في التذكرة بطريق العامة عن جابر
ان رسول الله ص قال في خطبة يوم النحر دماؤكم واموالكم حرام كحرمة يومكم هذا
في شهركم هذا وعن ابي بكرة ان النبي ص قال في خطبة يوم النحر ان دماءكم واموالكم
واعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا وورد في بعض
من ناحية بان الخبرين وامثالهما انما يستفاد منهما حرمة التصرف في مال المسلم
واما انه بعد التصرف مضمون فلا اثم انه استفدنا صحة الاستدلال بما في
المنافع المستوفاة والاعمال التي وقعت من المسلم للغير لتمسكهم بقاعدة احترام
عمل المسلم وماله فيهما واستدلال المص ره في هذا المقام فهو في محله وكيف كان ولا محل

الا عن طيب نفسه مثل ما في ظاهر مرسلة عن انس عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال لا يحل مال امرء مسلم الا
عن طيب نفس منه واورد عليه بعض من تأخر بان هذا الخبر وما في معناه لا يدل الا على
ان التصرف في مال المسلم بدون اذنه محرم ممنوع عند الشارع واما انه بعد التصرف مضمون
على المتصرف بمعنى انه يجب عليه رد بدله من مثل او قيمة فلا دلالة فيه على ذلك ولعل وجه
الاستدلال به هو ان حله بعد تلفه عبارة عن سقوطه عن ذمته وانت خبير بانه
بعد التلف ينتفي الموضوع للحكم المذكور في الحديث لانه ينتفي حال المضاف اليه فلا يبقى
مال مضاف الى المسلم حتى لا يحل الا بطيب نفس منه فوجوب رد بدله يحتاج الى
دليل اخر فتامل قوله سلمه وان حرمة ماله كحرمة دمه في ظاهر ما روي الاعمش عن ابي
وائل عن عبد الله بن مسعود ان النبي صلى الله عليه وآله قال حرمة مال المسلم كحرمة دمه ولكن في
دلالته على الضمان نظر لان دلالته عليه موقوفة على ارادة التشبيه فيما يترتب على اراقة
دم المسلم من المقاصة بان يراد ان دم المسلم كما لا يبطل كذلك ماله لا يتلف بغير ضمان
عوضه وهذا غير منساق منه وانما المنساق ان احترام مال المسلم من حيث حرمة
الاقدام على اكله بغير حق كحرمة دمه من حيث حرمة اراقته بغير حق ويؤيد هذا
ان الشيخ ره في ط ذكر الخبر المذكور في عداد ما استدل به على حرمة الغصب ويؤيده ايضا
الخبران المذكوران من طريق العامة في التذكرة المتقدم ذكرهما وهو كتاب
انه شبه فيهما حرمة الدماء والاموال بحرمة يوم النحر ومعلوم ان يوم النحر لا ضمان
له مضافا الى ما في الثاني منهما من الجمع بينها وبين الاعراض التي لا ضمان فيها حتى
وانه لا يصح ذهاب حق احد اورد عليه بعض من تأخر بان المراد بذهاب
الحق كون التصرف فيه والانتفاع به مباحا من غير رضا صاحبه واين هذا من الضمان
اقول الانصاف ان اضافة الذهاب الى الحق خصوصا مع تنفيض الحق الى احد
اذا اتلف على ذمته على ان ذلك الحق لا يصح ذهابه وبطلانه وفواته بغير عوض وعلى

هذا

هذا يدل على الضمان ثم لا يخفى عليك ان في الفقرة وانه لا يحل الا عن طيب نفس منه وفي حرمته
كحرمة دمه وانه لا يصح ذهاب حق احد بمجرد عطفه على قوله احترام مال المسلم على حكم
النفي وذلك لان احترام مال المسلم كلي وهذه المفاهيم الثلثة الملحق عليها
بالاخبار بعينه في الحقيقة افراد لصورة التلف للمنافع والاعمال المضمونة بدليل
قاعدة احترام مال المسلم وادلة نفي الضرر ولهذا تناهيا في عبارته الاتية فقال القاعدتين
الاحترام ونفي الضرر فافهم قوله سلمه مضافا الى ادلة نفي الضرر فلا عمل وقع من
عامل لاحد بحيث يقع بامره وتحصيلا لغرضه فلا بد من اداء عوضه لقاعدتي الاحترام
ونفي الضرر لا يخفى عليك انه ره بهذا البيان خص مورد قاعدتي الاحترام ونفي الضرر
في الاعمال بما اذا وقعت بامر من يراد تغريمه وبحصول غرضه ووجهه واضح اذ لو صدر
منه الاعمل ولم يتعلق غرضه بصدوره من الفاعل لم يصدق انه اضر بالعامل ولا انه
ترك احترام عمل المسلم فلا تشمل مورد بها مثل المسبوقة في المسابقة الفاسدة فهي ح
اخص من قاعدة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده كما ان قاعدة اليد اخص منها
باعتبار اختصاص هذه بالاعيان وعموم تلك القاعدة لها ولغيرها من المنافع والاعمال
المستاجر عليها وغيرها واحتمال الضم عدم القول بالفصل بينها او الحاق الغير بحجتها
مدفوع بعدم ثبوته كما لا يخفى على المتتبع لموارده فقد حكم كثير منهم في كثير منها
بعدم الضمان في الفاسد وقد عرفت من ذلك انما الدليل عليها الكلية بل النزاع
واقع في بعض موارده فلولا اجماع او نحوه على ضمانه فالاصل يحكم فيما
عدا ما ذكرناه ان دليل القاعدة بالنسبة الى المنافع والاعمال اخص من نفس القاعدة
كما يا فهو في الاعمال التي لم يامر بها الطرف الاخر من العقد ولم يستوفها
كما في المسابقة الفاسدة مع ان قاعدتي احترام مال المسلم ونفي الضرر لا تجريان
فيه فلا في الحكم في المسابقة الفاسدة كما اشار اليه المصنف فقد تخلفت القاعدة

فيها بعض انه وقع الخلاف فيها مع كونها من موارد القاعدة والخلاف في المورد مناف للاتفاق
على نفس القاعدة الا ان يلتزم بالغفلة وهو بعيد بل نقول ان التحقيق ان قاعدة
ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده قضية منتزعة من احكام الموارد التي دل الدليل
فيها على الضمان وليست بنفسها مما قام عليه الدليل وان ادعى عليها الاجماع في
شرح القواعد فبما عرفت مما تقدم الا ان مثل هذه القاعدة مما لم ينطق به احد
قبل العلامة ره وغاية ما هناك انه صدر من الشيخ ره اشارة تصلح للحمل على ارادتها
لا يمكن معه تحقق الاجماع فكل مورد قام على الضمان فيه دليل نحكم به اعتمادا على ذلك
الدليل دون القاعدة وكل مورد لم يقم عليه فيه الدليل لا نحكم به فيه قوى [illegible] فيبقى
عليه ما ذكره سابقا من النقض والاعتراض النقض عبارة عما افاده من كون النسبة
بين مورد التعليل الذي هو الاقدام وبين الضمان هي العموم من وجه والاعتراض
عبارة عما ذكره من ان الاقدام انما هو على نحو خاص وهو التراضي بالعوض الخصوصي
واين ذلك من الضمان بالمثل او القيمة مما هو مغاير لما اقدما عليه قوى [illegible]
ثم انه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد وبين علمه
مع جهل القابض وهذا التعميم ناظر الى اصل المسئلة وهو ضمان المبيع بالبيع
الفاسد وتوضيح الحال انه لا يخلو اما ان يكون البايع والمشتري كلاهما عالمين
بالفساد او جاهلين او يكون البايع جاهلا والمشتري عالما او يكون الامر بالعكس
فيكون البايع عالما والمشتري جاهلا والمشهور هو الحكم بالضمان في الصور الاربع
كلها وان تلف بغير تفريط لقوله ع على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهو بعمومها
باسرها وقد يتمسك بقاعدة الاقدام على ان يكون مضمونا عليه فيحكم عليه
بالضمان وبقاعدة ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وهما اتفق على تقديم التعويل
عليهما في الصور كلها بل في الجواهر انه يظهر من اطلاقهم ومعقد اجماعهم

ماصرح به شيخنا في شرحه والفاضل في الرياض من عدم الفرق فيما سمعته بين علمهما
بالفساد وجهلهما او علم احدهما خاصة ورع اشتراك الجميع فيما ذكرناه لان العلم
بالفساد لا ينافي اختصاص حاصله ضمنهم من الاذن كما لا ينافيه ايضا علم المتقابضين
ونحوه على انه من مقتضيات العقد الفاسد لمعاملة معاملة الصحيح ولو للابتداع
والتشريع وكذا لا ينافيه الجهل بالفساد اذ اقصى ما في بعض الاحوال عدم الاثم وهو
يجامع الضمان كما في اتلاف الساهي والنائم وغيرهما لان الاذن من المالك بذلك
هنا كلا اذن ره واحتمل الشهيد الثاني ره في ذلك عدم الضمان فيما لو علم البايع بالفساد
لتسليطه على اتلافه مع علمه بكونه باقيا على ملكه وكذا لو كانا عالمين بالفساد لكنه بعد
ذلك قال ان الاقوى ثبوته يعني الضمان في جميع الصور وقوى المحقق الاردبيلي ره
في صورة جهل القابض بالفساد عدم الضمان استنادا الى الاصل وجعل عدمه
في صورة علم الاخر عند جهله بالفساد اقوى واما في صورة علم القابض بالفساد
فان لم يعلم بوجوب الرد فعله فقال ان الضمان غير ظاهر ولذا بنى بان ندرك كلامه ره
بعينه فنقول قال ره في شرح قول العلامة ره والمقبوض بالسوم او البيع الفاسد
مضمون على المشتري ما نصه وكذا المأخوذ بالبيع الفاسد سواء كان القابض
عالما بالفساد او جاهلا لدليلهم الخبر المشهور على اليد ما اخذت حتى تؤدي و
القاعدة المشهورة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده
وصحتهما غير ظاهرة والاصل يقتضي العدم ومع الجهل بالفساد اقوى ومع علم الاخر
اقوى ومع ذلك ما كان الاشكال في الضمان مع الجهل بالفساد مع علمه
بالفساد وبعدم جواز تصرفه وحفظه ووجوب رده الى مالكه فحاله حال المغصوب
وذلك قد يكون بعلمه بطلب من المالك على تقدير الفساد وعدم رضا بكونه عنده
وفتوى العلماء له بذلك فهو ضامن للاصل وما تفرع عليه كما قيل في الغصب

بضمن العين والمنفعة وان لم ينتفع بها مثل اجرة الدابة في المدة التي كانت عنده واما مع
الجهل بالفساد سيما اذا امر غير ظاهر الفساد وكذا بعد العلم به ولكن مع عدم العلم بحرمة
الرجوع الحال فالضمان غير ظاهر ولو ظن ان المالك رضي بهذا المال بالثمن المعلوم
فهو راض بان يتصرف فيه عوضا عما في يده فالظاهر ليس اكلا بالباطل بل بالرضا فانه
رضي بالتصرف فيه بان يجوز له التصرف في ثمنه وقد جوز صاحبه ذلك فيجوز
تصرف كل واحد في يده ماله وان لم يكن بسبب البيع بل بسبب الاذن المفهوم
مع البيع وكانه يرجع الى المعاطاة والاباحة مع العوض من غير بيع ولا يجد
منه مانعا غاية الامر انه يكون لكل واحد الرجوع عن فعله الاول واخذ
ماله عينا وبدله نعم اذا علم عدم الرضا الا بوجه البيع او اشتبه ذلك يتوجه عدم
جواز التصرف والضمان على تقديره فهم عدم الرضا بالملك عنده وكونه امانة على تقدير
غيره ويحتمل جواز التصرف على تقدير التقاص لكن في بعض الحال باعتبار المالك
وامتنع او اطلاع عليه وايصال اليه واخذ ماله منه لكان في هذه الصور في
بالجملة دليل الحكم المشهور بينهم وهو جعل حكم المقبوض بالسوم والعقد
الفاسد مثل الغصب في اكثر الاحكام حتى في الزامه بالايصال الى صاحبه فورا
فلا يصح عباداته في اول وقتها على تقدير القول بمنافاة حقوق الادميين لها كما
هو الظاهر غير ظاهر فالحكم مشكل ولا شك انه ينبغي ملاحظة ذلك مهما امكن
انتهى وقد علم من كلامه ان فيما وجهان لعدم الضمان في المسئلة وجهان احدهما الاصل مع
الشك في شمول دليل الضمان لذلك والاخر تسليط المالك اياه على ماله هناك
وجه ثالث ذكره له بعض الاواخر وهو محكي عن ... رجوع المغرور على ط بعض المعاصرين
من غره ولكن الجميع كما ترى واضح الضعف اما الاول فلانه حجة كل دليل
المزبور وح فلا مجال للاصل واما الثاني فلان التسليط انما هو على وجه خصوصي

ولم يحصل

الثالث

ولم يحصل والجهل بعد حصوله ليس عذرا مسقطا للضمان وان اسقط الاثم اذا كان عن تقصير منه واما
فلانه ليس هناك الا جهل القابض وعلم المالك مع اتفاقهما على العقد الخصوصي فليس شيء منهما ولا
المجتمع منهما موجبا للغرور لعلم اياه بهذا وقد يعترض على الوجه الثاني بوجه اخر وهو ان التسليط
المذكور لو اقتضى بعدم الضمان هنا لقضى بعدم العالمين بالفساد بالعلة ولو فيهما اذ لا يجامع القصد
الصحيح منهما فلا بد من كون دفعهما بالقبض على كل حال لا على وجه مخصوص وح فلا ضمان عليهما ح
او سنادا الا الملاحظة الى اذن المالك فاذا لم يضمنا بل لم يضمنا بالتلف عندهما بطريق اولى ومدفوع
بامكان قصد الوجه الخصوصي ولو على وجه الابداع والتشريع كما يساعد عليه الوجدان
وح فلا فرق بين العالم والجاهل في سبب الضمان وعدمه هنا والحق ما هو المشهور من
الحكم مطلقا لاطلاق قوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدي الشامل للصور كلها ودعوى ان البايع
اذا علم بالفساد يسلط المشتري على التصرف في المبيع على كل حال لان تسليمه الى المشتري
مع علمه بفساد البيع امارة التسليط على كل حال ممنوعة لما عرفت من احتمال قصد الوجه الخصوصي ولو على
وجه التشريع وان قيل بنظيره في الشراء من الغاصب مع علم المشتري بكون المال مغصوبا نظرا الى
انه اذا علم بكون المبيع مغصوبا فقد سلط الغاصب على اتلافه فماله مجانا فليس يعقل ذلك
متسلطا على استرداده ولهذا مال صاحب مفتاح الكرامة على ما حكي عنه الى ان جميع ما لا يصح
بيعه شرعا كالحشرات والخمر والخنزير وامثال ذلك اذا بذل المشتري الثمن في مقابلها
كان ذلك من قبيل دفع اليد عن ماله بغير اقتضاء عوض نظير ما لو قال بعتك بلا ثمن ولكن
الادلة على خلافه فانه دال على كون ثمن الخمر سحتا ونحوه في غيرها واطلاق شامل لصورتي
العلم والجهل جميعا والحكم المذكور في الشراء من الغاصب ان كان قد قام عليه الاجماع فهو
الفارق والا فللنظر فيه ايضا مجال هنا وقد يقع هنا نكتة ينبغي التنبيه عليها وهي ان في
الصورة لا فرق فيما ذكرناه بين جهل الدافع بالفساد وبين علمه مع جهل القابض فقد اشتمل
على ثلث من صور المسئلة بتقريب ان جهل الدافع بالفساد على قسمين احدهما ان يكون

القابض اليه جاهلا والاقوى ان يكون القابض عالما او علم الدافع مع جهل القابض بصحة الثمن
ويتبع مالو كانا كلاهما عالمين ولكن ان اللازم مراعاة حق الاشارة اليه حتى يعلم اطراف تفصيل
المفصل جزما او احتمالا فنقول اما عكسها وهو ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده
مسئلة
اقول ممن ظهر منه كونه من قواعد الاصحاب المحقق الاردبيلي ره وان توقف هو ره في
ضمان المقبوض بالبيع الفاسد حال في شرح قول العلامة ره والمستاجر امين لا يضمن الا بالتفريط
او التعدي او تسلم العين بغير اذنه لا بالتضمين اي لا يضمن المستاجر بان شرط عليه
الموجر الضمان وان لم يفرط لانه شرط مخالف لما ثبت شرعا وهو كون المستاجر امينا لا يضمن
الا بالتفريط فلا يصح هذا الشرط ويمكن ان يبطل ببطلانه المشروط ايضا كما هو مقتضى الشرطية
ويحتمل بطلان الشرط فقط والاول اوضح دليلا اذ الرضا ما وقع الا بالشرط وما حصل وبدونه ما حصل
وبالجملة الظاهر بطلان المشروط لبطلان شرطه الا ان يكون دليل على الصحة بخصوصها وعلى تقدير
بطلان الشرط عدم الضمان معلوم وكذا مع بطلان العقد ايضا للاصل ولما تقرر عندهم من ان
كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده انتهى وتوقف فيه صاحب الجواهر ره مع اعترافه بصحة
اصل القاعدة فقال ره بعد كلام له وحينئذ فظهر ان القاعدة المزبورة لا ريب فيها على
اطلاقها كما اعترف بذلك في الرياض وغيره نعم قد يتوقف فيما صرحوا به من مفهومها
على وجه القاعدة ايضا وهو ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده كالنكاح والهبة والعارية
ونحوهما وقال ره في كتاب العارية ومثله الاستعارة من الغاصب عند قول المحقق ره
ولو استعار من الغاصب وهو لا يعلم كان الضمان على الغاصب لانه اذن في استيفائها
بغير عوض والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب وكذا لو تلفت العين في يد المستعير
ولم تكن مضمونة عليه بل قيل ان الرجوع عليه ظلم محض لانه جاهل الا ان ذلك كما ترى
لا يقتضي عدم الرجوع على المستعير لقاعدة اليد والاتلاف وقول علي ع في المرسل وخبر اسحق
عن ابي عبد الله ع وابي ابراهيم ع اذا استعيرت عارية بغير اذن صاحبها فهلكت فالمستعير

ضامن

ضامن وانما يرجع له الرجوع لقاعدة الغرور وهو لا ينافي اصل ضمانه المستعير الا ان نقول ان
ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده تقتضي ذلك ولعلها الملاك في الحكم بعدم الضمان
الى ان قال نعم يمكن الرد على المصرح بانه لا دليل عليها في المقام اذ من المعلوم ان المسلم
من هذه القاعدة ما وافق الادلة منها ضرورة عدم دليل عليها بالخصوص وليس الفاسد
من حيث كونه فاسدا يترتب عليه ما يترتب على الصحيح بل مقتضى فساده عدم ترتب اثر
الصحيح عليه كما هو واضح وليس في الادلة ما يوافق مضمونها بل قد عرفت ان قاعدة اليد
وعموم من اتلف والمرسل والخبر الضمان وان اقتضت قاعدة الغرور الرجوع على الغاصب
ودعوى الاجماع عليها معلومة الفساد في المقام اذ المشهور بين الاصحاب الضمان
هنا مع الجهل وان رجع بقاعدة الغرور هذا كلامه ره وذكر بعض من تاخر ان العكس
المذكور على وجه القاعدة على اصله منتقض بما لو استعار من الغاصب عالما عامدا فان
العارية ح فاسدة ويترتب عليها ضمان المستعير مع ان صحيح العارية لا يترتب عليه ضمان
الا مع الشرط او كون المستعار ذهبا او فضة الا ان يلتزم بالانتقاض في عكس
القاعدة وقصر الحكم بعدم ضمان الفاسد على ما هو فاسد بالعرض بعد تحقق اركان العقد
التي هي في المقام عبارة عن المعارة والمعير والمستعير بعدم كونهما بارتفاع الحجر عنهما
وذلك بان يكون الفساد مستندا الى خلل الصيغة او مرطها ماخذ كاستعارة المحرم الصيد من
المحل في حال الاحرام على القول بفسادها ومثل قوله ره كما صرح به في عدة ونحوه اي صرحوا
بعدم ضمان العين المستاجرة فاسدا فيها ففي القواعد ما لفظه العين امانة في يد المستاجر
لا يضمنها الا بتعد او تفريط في المدة وبعدها اذا لم يمنعها مع الطلب سواء كانت الاجارة
صحيحة او فاسدة انتهى وفي التحرير ما لفظه اذا كانت الاجارة فاسدة لم تكن العين مضمونة
ايضا الا بالتعدي انتهى قوله ره وحكي عن التذكرة قال في كتاب الاجارة ضمنها اذا كانت
الاجارة فاسدة لم يضمن المستاجر العين ايضا اذا تلفت بغير تفريط ولا تعد لانه عقد

فائدة [illegible]

لا يقتضي صحيحه الضمان فلا يقتضيه فاسده كالوكالة والمضاربة وحكم كل عقد فاسد حكم صحيحه
في وجوب الضمان وعدمه فان وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده وما لم يجب في صحيحه لم يجب
في فاسده ولان الاصل براءة الذمة من الضمان لانه قبض العين باذن مالكها فلم يجب عليه
ضمانها انتهى فوكسي الا ان صريح الرياض الحكم بالضمان قال ره في ذيل ما ذكره في شرح
قول المحقق ره وتثبت اجرة المثل في كل موضع تبطل فيه الاجارة ما لفظه والعين مضمونة
في يد المستاجر مطلقا كما نسبه الى المفهوم من كلمات الاصحاب ولعله لعموم الخبر بضمان
ما اخذته اليد انتهى فوكسي والظاهر ان الحكم عنده هو المحقق الاردبيلي ره في مجمع الفائدة
قال المحقق المذكور ره في طي ما مر في شرح قول العلامة ره وكل موضع يبطل فيه العقد
تثبت فيه اجرة المثل مع استيفاء المنفعة او بعضها زادت عن المسمى او نقصت
ما لفظه نصه ثم ان الظاهر ان العالم كالغاصب لا يجوز له التصرف ولا يستحق شيئا مما سمي
ان الاذن انما علم بالاعتقاد انه صحيح ويلزم الطرف الاخر ما التزمه وقد بطل فهو عالم بالعوض
فيه اصل المنع على حاله كما قيل في البيع الباطل بل يفهم من كلامهم الضمان مع الجهل ايضا بهذا
ما اهمنا نقله من كلامه ره فانه حكم بحرمة التصرف وكون العالم كالغاصب وقوله انه يفهم
من كلامهم الضمان بعد اثبات اجرة المثل وبيان الدليل عليها ظاهر في ان المراد بالضمان ضمان
العين فوكسي والاقوى عدم الضمان فالقاعدة المذكورة غير مخصصة بالعين المستاجرة
ولا متخصصة وجه كون عدم الضمان هو الاقوى يعلم مما نذكره في جواب السؤال الاتي من
التمسك بعموم ما دل على ان من لم يضمنه المالك سواء ملكه اياه بغير عوض او سلطه
على الانتفاع به او استامنه عليه لحفظه او دفعه اليه لاستيفاء حقه او العمل فيه بلا
اجرة او معها او غير ذلك فهو غير ضامن فوكسي بناء على فساد العارية الظاهر انه
لا قائل صريحا بفساد العارية وانما هو احتمال نبه في ذلك قال ره عند قول المحقق ره
ولا يجوز للمحرم ان يستعير من محل صيدا لانه ليس له امساكه ولو امسكه ضمنه وان

علم المستاجر بالبطلان ام جهله

عه في مثل الحجر لخياطة الثوب وقد تقدم ذكره في كلامه مع انه لا ذكره هنا ام ظله

عليه

عليه ما لفظه لا شبهة في عدم جواز استعارة المحرم الصيد من المحل والمحرم لما ذكره
المقرر ره من تحريم امساكه عليه فلو استعاره بعقد العارية فهل يقع العقد فاسدا
يحتمله للنهي وعدمه لان المعاملات لا يبطلها النهي الا بدليل خارج وعبارة المقرر ره وغيره
لا تدل على احد الامرين صريحا الا عدم الجواز اعم من الفساد كما ذكرناه انتهى ما اهمنا
نقله هنا فوكسي ولذا افتى الشهيد الثاني ره في الضمان على تقديري الصحة والفساد
يعني انه لكون صحيح العارية لا يضمن به فلا فتوى في ضمان المحرم الصيد بالقيمة للمالك
على كل من احتمالي صحة عقد عارية الصيد للمحرم وعدمها لانها ان كانت صحيحة فلا
ضمان في صحيح العارية وان كانت فاسدة فما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده قال ره في شرح
عبارة المحقق المذكورة وقضية عبارة المقرر ره وجماعة انه يضمنه مع التلف للمالك ايضا
بالقيمة لانهم جعلوها من العواري المضمونة وان لم يشترط فيها الضمان ودليله غير واضح
اذ مجرد تحريم استعارته لا يدل على الضمان سواء قلنا بفساد العقد ام بصحته اما مع صحته
فالاصل في العارية عندنا ان تكون غير مضمونة الا ان يدل دليل على غيره ولم يذكروا هنا
دليلا يعتمد عليه واما مع فسادها فلان حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان
وعدمه كما اسلفناه في مواضع قاعدة كلية وعلى الاستدلال على ضمانه هنا باطلاق
النصوص ان المحرم لو اتلف صيدا مملوكا فعليه فداؤه لمالكه فيدخل فيه صورة
النزاع وفيه نظر لمعارضته بالنص الصحيح الدال على ان العارية غير مضمونة فكما
يمكن تخصيص الاول بالصيد المأخوذ بغير اذن المالك يمكن تخصيص الثاني
بغير الصيد فالترجيح غير واضح انتهى فوكسي الا ان يقال انه وجه ضمانه
بعد البناء على انه يجب على المحرم ارساله واداء قيمته ان المستقر عليه فيما يتعلق بالعارية
هي القيمة اه هذا الكلام اخذه من العلامة ره في التذكرة حيث قال لا يجوز للمحرم
استعارة الصيد من المحرم ولا من المحل لانه يحرم عليه امساكه فلو استعاره

وجب عليه ارساله وضمن للمالك قيمته ولو تلف في يده ضمنه ايضا بالقيمة لهتكه حرمة المحل
بالجزاء لله تعالى بل بقبضه بمجرد الامساك وان لم يشترط صاحب الضمان عليه فلو دفعه
الى صاحبه برئ منه وضمن لله تعالى هذا كلامه ره وفي جامع المقاصد بعد نقله
ما لفظه وفيه موضعان منه اشكال احدهما ان وجوب الارسال مع كون الصيد ملكا
لادمي وحق الادمي مقدم على حق الله تعالى غير ظاهر ولعل الذي يقتضيه الدليل
رده على مالكه ووجوب الجزاء لله تعالى الثاني وجوب القيمة للمالك المحل
لو تلف في يده بغير تعد مع عدم اشتراط الضمان ايضا غير ظاهر لان غايته انها
انها عارية فاسدة وكل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ولان المالك اعاره
فقد رضي بعدم ثبوت الضمان عليه الذي هو مقتضى العارية فلا وجه لتضمينه فالحاصل
ان الذي يقتضيه النظر خلاف الصحيح لكن لم اظفر الى الآن بمخالف في المعروف
التحرير فقد صرح بالثاني وكذا المحقق ره فيه تبع انتهى وبعد ذلك كله لا يخفى ما في
ايراد المصنف ره بالنقض المذكور من الوهن اذ لم يظهر من المتمسكين بالقاعدة في
العارية المذكورة ثم لم يظهر به قول وانما ذكره المحقق الثاني ره من باب الالزام في
ذكره الشهيد الثاني ره من باب الاحتمال وايراد النقض بناء على الاحتمال اشبه
شيء بالحادث البناء على غير اساس ثم اقول ان النقض المذكور وما اعقبه بها ذكره
المصنف ره يتعلق بعكس القاعدة وعندي انه يتجه النقض على اصل القاعدة بامور احدها
النكاح دواما وانقطاعا وذلك لان عقد النكاح اذا وقع صحيحا موجب لاستقرار
نصف المهر وان كان نصفه الاخر متزلزلا واذا تحقق الدخول استقر تمامه
مع ان فاسده ليس كذلك ولو في بعض الصور ويوضح هذا ما ذكره العلامة ره في القواعد
وهو ومن تكلم في كلام الاستناد الى القاعدة في باب النكاح المنقطع ونصه ولو ظهر
فساد العقد اما بظهور زوج او كونها اخت زوجة او غيرهما فلا مهر ان لم يدخل

ولو قبضته

ولو قبضته استعادته وان دخل فلها المهر ان جهلت والا فلا وقيل تاخذ ما قبضت
ولا تسلم الباقي ويحتمل مهر المثل انتهى وفي الروضة ولو تبين فساد العقد بظهور
زوج او عدة او كونها محرمة عليه جمعا او عينا او غير ذلك من المفسدات فمهر المثل مع
الدخول وجهلها حالة الوطي لانه وطي محرم فلابد له من عوض وقد بطل المسمى فيجب
مهر مثلها في المتعة المخصوصة وقيل تاخذ ما قبضته ولا يسلم الباقي استنادا الى
رواية حملها على كون المقبوض بقدر مهر المثل اولى من اطلاقه فيما خالف الاصل
وقبل الدخول لا شيء لبطلان العقد المقتضي لبطلان المسمى فان كانت قد قبضته
استعادته وان تلف في يدها ضمنته مطلقا اي وان لم تفرط وكذا يضمن بحكم ضمانها المهر
المقبوض لو دخل وهي عالمة بالفساد لانها بغي ولا مهر لبغي انتهى فقد افاد كل منهما الحكم
بانها لا تستحق المهر مع فساد العقد وتحقق الدخول وعلمها بالتحريم حالة الوطي في
اما في كلام العلامة ره ويحتمل مهر المثل فهو ناظر الى صورة جهلها بالتحريم كما صرح به
في كشف اللثام وانما جعلنا مناط النقض صورة الدخول مع ان صورة عدم الدخول
ايضا مع فرض فساد العقد مثلها في انه لا مهر لان مجرى القاعدة او القدر المتيقن
من مجراها انما هو ما لو تسلم العوض كما لو قبض المبيع فانه حينئذ يضمن ثمنه كما اشار اليه المصنف ره
في باب معنى القاعدة واشار اليه الشهيد الثاني ره في عبارته التي حكيناها عنه في كتاب الرهن عند ذكر
قوله وحيث كان صحيح البيع مضمونا على المشتري ففاسده كذلك المقصود ره ان ضمان المبيع
ينتقل على المشتري بعد قبضه والا فضمانه انما هو على البائع ولا مجال لان يجاب
عن هذا النقض بان المهر بعد قبض الزوجة اياه مضمون عليها في العقد الفاسد
لان هذا المعنى غير مراد من القاعدة كما يرشد اليه قول العلامة ره في العبارة الاخرى في
كل عقد استحق المسمى في صحيحه فاذا وجد العقد حكم عليه في الفاسد وجب عوض المثل كالاجارة
والعمل في القراض هذا مضافا الى ان الزوجة لا تضمن المهر الذي قبضته في الصحيح ثم ان

ما ذكر قد وقع في باب عقد المتعة على ما عرفت وذكروا في غيره ما شمله والدوام قال
في القواعد ولو زوجها الوكيلان او الاخوان مع الوكالة من رجلين فتم عقد السابق فان
ان دخلت بالثاني فرق بينهما ولحقه المهر مع الجهل قال في كشف اللثام اي جهلها
والاقوى في هذه الصورة فيحصل مما ذكرنا ان صحيح النكاح تضمن بصحيحه المهر المسمى
ولا تضمن بفاسده مهر المثل مع علمها بفساده حالة الوطي ولو فرض وقوع الخلاف
فيما ذكرناه من مسائل النكاح قلنا ان وقوع الخلاف انما نقض في القاعدة لانها
ليست مختصة بواحد من طرفي الخلاف لان الغرض منها اثبات قاعدة كلية مسلمة
بين اهل الصناعة فكيف يصح ان يقال ان ما تضمن بصحيحه تضمن بفاسده وقد قال
النظام مما اختلف في ضمانه فافهم الثاني الخلع فانه صحيحه يوجب ضمان الزوجة
الفدية للزوج وفاسده غير موجب لبذلها بنفسها ولا لتبدل بدلها وقد عرفت
نعم المصرح القاعدة بالنسبة اليه الى ما ضاهاها مما لم تعلمها مثلا فان العلامة قد قال في
القواعد ولو خالعها والاخلاق ملتئمة لم يصح الخلع ولم يملك الفدية ولو طلقها
ح بعوض لم يملكه ووقع رجعيا انتهى وفي كشف اللثام بعد قوله لم يصح الخلع
بالاجماع والنص من الكتاب والسنة هذا وقال في الروضة مازجا عبارته
بعبارة الشهيد ره ولا يصح الخلع الا مع كراهتها له فلو طلقها بعوض والاخلاق
ملتئمة ولم تكره بطل البذل ووقع الطلاق رجعيا من حيث البذل وقد يكون بائنا
من جهة اخرى ككونها غير مدخول بها او كون الطلقة ثالثة انتهى فحصل من ذلك
ان صحيح الخلع يضمن به عوضا من الزوجة تضمن الفدية المسمى للزوج وفاسده لا يضمن
به عينها ولا بدلها فتدبر قوله وينتقض اطراد القاعدة ايضا في البيع فان بالنسبة
الى المنافع التي لم يستوفها آه قد اسلفنا ما يندفع به هذا النقض وهو ان متعلق
الضمان عبارة عن متعلق العقد بنفسه دون توابعه فراجع وتامل قوله ويمكن

نقض

نقض القاعدة ايضا بحمل المبيع فاسدا على ما صرح به في ط ويع وكره والتحرير من كونه مضمونا على
المشتري ففي ط من غصب جارية حاملا ضمنها وحملها معا وولد المشتري بشراء فاسد
مثل ذلك وفي يع وغصب الامة الحامل غصب لولدها لثبوت يده عليهما وكذا يضمن
حمل الامة المبتاعة بالبيع الفاسد والمقبوض على وجه السوم لان يده على الام والولد معا
انتهى قوله خلافا للمشهور كالشهيدين والمحقق الثاني وبعض من تبع العلامة
في القواعد قال ره في القواعد ويضمن حمل الغصب لا حمل المبيع بالفاسد والسوم وقال في
الدروس وغصب الحامل غصب للحمل اما حمل المبيع فاسدا او المستام فلا ضمان فيه وقال في
الروضة وغصب الحامل غصب للحمل لانه مغصوب كالحامل فالاستقلال باليد عليه حاصل
بالتبعية للام وليس كذلك حمل المبيع فاسدا حيث لا يدخل في المبيع لانه ليس مبيعا فيكون امانة
في يد المشتري لاصالة عدم الضمان ولانه تسلمه باذن البايع مع احتمال الضمان لعموم على اليد ما اخذت
حتى تؤدي وقال في جامع المقاصد في شرح العبارة التي تقدم حكايتها عن القواعد اما
حمل الغصب فانه مغصوب كالاصل واما حمل المبيع فانه ليس مبيعا اذ لا يندرج الحمل في بيع الام
فيكون امانة في يد المشتري لاصالة عدم الضمان ولانه تسلمه باذن المالك الذي هو البايع و
قال المحقق الاردبيلي ره واما عدم الضمان في الملحق بالبيع الفاسد او الملحق بالسوم فان الحمل ان
كان مقبوضا الا انه غير مبيع بالبيع الفاسد ولا ماخوذ بالسوم فلا يدخل تحت ما يدل على
ضمانه مثل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده نعم ان اشترى مع الحمل يكون حكمه حكم الحامل
هنا فتامل انتهى قوله مع ان الحمل غير مضمون في البيع الصحيح بناء على انه للبايع
فيكون مما لا يضمن بصحيحه وقد حكم في ط ويع وكره والتحرير بالضمان في الفاسد فانتقض بهم
ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده قوله وعن الدروس توجيه كلام العلامة ره
بما اذا اشترط الدخول في البيع وح فلا نقض على القاعدة مراده ره بيان ان العلامة هو كلامه
في التذكرة والتحرير اذ قد عرفت ان قوله الاخير في القواعد موافقا لما في نحو واحد من

الدروس فهو قوله بعد كلام المتقدم ذكره وقال الفاضل يضمن الحمل في البيع الفاسد ولعله اراد
اشتراط دخوله انتهى ووجه اندفاع النقض ح انه يكون مضمونا بصحيح البيع وفاسده
فتأمل ثم ان مبنى هذه القضية السالبة على ما تقدم من كلام الشيخ ره في ط هي الاولوية
تقدم كلام الشيخ ره قبل بيان معنى القاعدة ولكن لم يذكره هناك الا على وجه الاجمال فالاولى
ان نذكر كلامه ره بتمامه قال ره اذا رهن رجل عند غيره شيئا بدين الى شهر على انه ان لم يقض
الى محله كان مبيعا منه بالدين الذي عليه لم يصح الرهن ولا البيع اجماعا لان الرهن موقت
والبيع متعلق بزمان مستقبل فان هلك هذا الشيء في يده في الشهر لم يكن مضمونا عليه
لان صحيح الرهن غير مضمون عليه فكيف فاسده وبعد الاجل فهو مضمون عليه
لانه في يده مبيع ببيع فاسد والبيع الصحيح والفاسد مضمون عليه اجماعا انتهى
ثم ان ما يصلح دليلا على القضية المذكورة امور الاول الاصل بعد ضعف قوله ع
على اليد ما اخذت حتى تؤدي بحسب السند وبسبب اعراض الاكثر عنه في مورد
القاعدة السلبية وفيه انه مشهور معمول به فيما بين العامة والخاصة فهو مجبور
بالعمل واعراض الاكثر عنه في مورد القاعدة السلبية غير معلوم اذ لم يتحقق لنا
تمسك الاكثر بهذه القاعدة وانما المعلوم تمسك جماعة معدودة بل قد ينسب الى
الوهم ان هذه القاعدة من قواعد العامة المتلقاة منهم لا من اخبار اهل العصمة ع حيث
انها لو لم تكن متداولة بينهم لم يستندوا اليها وقد عرفت سابقا انه قال العلامة ره
في مسئلة المسابقة الفاسدة وللثاني فيهن قولان احدهما انه لا يستحق الناضل
لانه لم يبق عليه عمله ولا عاد نفع ما فعله اليه وقال اكثرهم يجب له اجرة مثله لان كل عقد
استحق المسمى في صحيحه فاذا وجد المعقود عليه في الفاسد وجب عوض المثل الثاني
انهما اقدما على المجانية فلا ضمان وفيه ان ما اقدما عليه عنوان خاص صحيح
قد انتفى وقد يكون حكمه غير حكم الفاسد بل الظاهر ان انتفاء الصحيح من نوع الفسخ

لون

كون الفاسد على خلاف ذلك الصحيح الثالث الاولوية التي استفادها المص ره من الشيخ ره
واوضحها ومنعها على الاجمال الى شرحه وتفصيله الرابع الادلة الدالة على عدم الضمان
فيما كان من قبيل الامانات كالوكالة والوديعة ونحوهما وذلك كعموم ما دل على انه ليس على الامين
المالك على عين ملكه غير ضامن بل ليس لك ان تتهمه وضم المص ره الى ذلك الفحوى بالنسبة
الى مثل الهبة فانه اذا لم يضمن فيما لم يكن فيه بذل المال بل كان مجرد استيمان ففيما
كان فيه بذل المال يكون عدم الضمان اولى بالقبول واورد عليه بعض من
تأخر بان الكلام انما هو في مثل الشركة الفاسدة وكذا الاجارة الفاسدة بالنسبة الى العين
وفي مثل حمل المبيع بالبيع الفاسد على القول بانه مضمون مع عدم الضمان في صحيحه وفي مثل
استعارة المحل من المحرم على تقدير كون العارية فاسدة وح نقول ان العموم المذكور
ونحوه من ادلة الاستيمان لا يستفاد منها الا حكم ما كان استيمانا محضا مقصودا
مصلحة المالك كالوكالة والوديعة او ما كان مثل العارية ونحوها بالنسبة الى الصحيح منها
الذي هو مورد الاذن دون غيره اذ ليس في المورد الا الاذن المقيد بكونه في ضمن العارية
الصحيحة او الاجارة الصحيحة مثلا وقد انتفى القيد فينتفي المقيد بانتفائه ولا نسلم
ان مطلق التقييد الاذن في التسلط يسقط الضمان الا ترى الى المقبوض بالسوم فقد وقع
الاذن في قبضه والمشهور فيه الضمان نعم لو قلنا بكون الرضا التقديري رافعا
للضمان ارتفع هنا ايضا عند وجوده ثم قال ان الحق ان هذه القاعدة لم يقم عليها
دليل فلا مورد لها فان قام الدليل على عدم ضمان المقبوض بالبيع جعلناه مخرجا عن تحت
عنوان قوله ع على اليد ما اخذت حتى تؤدي وكل مورد لم يقم فيه الدليل على الضمان بعينه
فالحكم انما هو القاعدة المستفادة من هذا الحديث وقال بعض المعاصرين بعد ذكر قاعدة
الاقدام والاولوية التي تقدم ذكرها من الشيخ ره ما لفظه والمانع لهما مستظهر سيما
مع علم القابض بالفساد وجهل الدافع به وح فان لم يكن ثمة اجماع عليها فلا مخرج عن

بعدم

قاعدة اليد التي مقتضاها الضمان وان لم يكن للعقد الفاسد دخل فيه بل كان مقتضى الضمان
في الصحيح ايضا الا انه قد خرج منها ما دل على عدم الضمان فيه ولا مخرج للفاسد منها
اصلا ولا غرور من الدافع كي يجب سقوط الضمان عن المدفوع اليه لقاعدة رجوع
المغرور على من غره فانتج وفاقا لبعض من تاخر عنه هو الضمان مطلقا الا ان يقوم اجماع على خلافه في
بعض الموارد ودعوى الاجماع عليه مطلقا ويكون هو المدرك للقاعدة المزبورة في غير
محلها كدعوى ان ما دل عليه في الصحيح دال عليه في الفاسد ايضا وهو عموم ما دل على ان من
لم يضمنه المالك سواء ملكه اياه بغير عوض او سلطه على الانتفاع به او استامنه عليه
لحفظه او دفعه اليه لاستيفاء حقه او العمل فيه بلا اجرة او معها او غير ذلك فهو غير
ضامن كعموم ما دل على ان من استامنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك ان تتهمه
ونحو ذلك مع عدم القول بالفصل فيستكشف عما خرج الصحيح الفاسد ان الاستيمان
اذا اقتضى عدم الضمان اقتضى التسليط اطلاق مجانا عدمه بطريق اولى لوضوح عدم
ثبوت العموم المزبور على وجه يعم الفاسد والنهي عن اتهامه وانما هو في بعض الموارد
الصحيح لا مطلقا بل ربما يمنع على وجه يعم جميع افراد الصحيح وانما المسلم منه عدم الضمان في
خاصة كالعارية والوديعة والرهن ونحو ذلك ودعوى انها شاملة للصحيح والفاسد
فيثبت المطلوب محل منع بل لا ينكر تبادر الصحيح من اطلاقها ان لم تكن حقيقة فيه مع
ان الامانة المالكية منتفية في نحو المقام لان المأذون فيه عنوان خاص والمفروض انتفاؤه
فينتفي الجنس بانتفاء فصله ولذا لا تثبت عينه قطعا فلم يصدق عليه عنوان الامين
والمؤتمن ونحوهما انتهى ثم ان بعض من تاخر اورد على القضية السلبية بالنقض
على وجهين احدهما ان من المسلم عندهم ان صحيح العارية لا ضمان فيه مع انه لو اعلم
حال العين سهوا عن كونه مال الغير كان المستعير ضامنا قطعا لكن الضمان المعير فقد يتحقق في
فاسد العارية الضمان مع عدم الضمان في صحيحها فلا ينطبق عليها ان كل عقد لا يضمن بصحيحه

لا يضمن

لا يضمن بفاسده وثانيهما انه بعد البناء على اضافة المعاوضة من اختصاص اصل القاعدة بالنظر الى
اصل العقد الضمان وانه لا مدخل للضمان بالشرط في معناها نصير معنى العبارة التي عبروا
بها عنها ان كل عقد يقتضي صحيحه الضمان بالذات لا يقتضي فاسده الضمان ونحن نقول
ان العارية المشروط فيها الضمان لا يقتضي صحيحها الضمان بالذات لعدم اقتضاء
العارية بنفسها مجردة عن الشرط للضمان مع ان فاسد العارية المشروط فيها
الضمان تقتضيه فتامل فيه وكيف كان فان قلت ان الفاسد ان لم يكن له دخل في
الضمان الا ان مقتضى عموم على اليد هو الضمان خرج منه المقبوض بصحاح العقود
التي يكون موارد ها غير مضمونة على القابض وبقي الباقي ولا يخفى ان هذا
السؤال مقطوع عما قبله وغاية ما يمكن توجيه ارتباطه به هو ان يقال انه استفيد
مجموع كلامه ره انه يلتزم بقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده في الجملة ولو
بعد خروج موارد النقض فان ايراد النقض عليها بما ذكر دليل على انه ره التزم بكونها
كالعام المخصص فالسؤال انما يتوجه الى الحاصل من مجموع الكلام وهو ان قاعدة
ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده معتبرة ولو في الجملة فتدبر والثاني
من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد قوله ره والظاهر
انه مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح من مجمع الفائدة
لانه قال في العبارة التي حكيناها عنه في صدر المسالة لعدم الفرق في الضمان في
الفاسد بين جهل الدافع بالفساد وبين علمه ما لفظه ومع علمه بالفساد وبعد
جواز تصرفه وحفظه ووجوب رده الى مالكه معجلا كالمغصوب وذلك
قد يكون بعلمه بطلب من المالك على تقدير الفساد وعدم رضاه بكونه عنده وفوق
العلماء لم يلتفتوا الى ذلك فيفهم من هذا ان الضمير في قوله ره يلوح عائد الى عدم جواز
التصرف ومحل القول في اصل حرمة التصرف هو ان القابض للمبيع بالبيع الفاسد لا يجوز له

اما ان يكون عالما بالفساد او جاهلا اما الاول فيحكم فيه بعدم جواز التصرف وقد استظهر
من مثل قول المحقق ره ولو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه وكان
مضمونا بل قطع به بعضهم نظرا الى ان احتمال الجواز مع الضمان بعيد لانه لم نقطع
بعدم مثل هذه العبارة وان لم يكن يفيد ذلك الا انه الحق لان المفروض ان الملك
لم ينتقل اليه وانه باق على ملك غيره والتصرف في ملك الغير محرم ودعوى
ان القابض ماذون من المالك في التصرف حيث دفعه اليه خصوصا مع علم
الدافع بالفساد لانه لو لم يرض بتصرفه فيه لم يدفعه اليه مدفوعة بان
الاذن انما هو في ضمن البيع والمقيد ينتفي بانتفاء قيده حتى ان تسليم
المبيع في صورة علمه بالفساد انما هو من جهة تفرعه على البيع الفاسد ولا
اما ما وقع في كلام بعض الاواخر من انه مع علمها بالفساد اما ان يبيح التصرف
مطلقا حتى في الاتلاف فيصير من قبيل المعاطاة واما ان يبيح لم يجد الا انتفاع مع
انتفاء العين فيصير اذنا في التصرف فهو خروج عن المرحلة لان مفروض
المقام انما هو قبض المبيع بالبيع الفاسد من حيث كونه منوطا بالبيع الفاسد
ومستندا اليه وتعقبه رضا اخر واذن جديد امر اخر طار ولو كان
المبنا على اعتبار عين الاذن الذي هو في ضمن البيع لكان لقائل ان يقول
بكفاية الرضا المتقدم على القول به لو فرض وجوده في المقام واما
الثاني فيحكم فيه ايضا بالحرمة بمعنى ترتب الاثم والعقاب وان لم يصح توجيه
الخطاب فعلا بناء على ظاهر اطلاق جماعة ترتبه على التصرف في المقبوض بالبيع
الفاسد من دون تفصيل بصورة العلم فتشمل الصورتين وعن جماعة
تخصيص التحريم بصورة العلم بالفساد ونفيه عن الجاهل بالفساد وقد
اشار المصنف ره في ذيل الكلام الى توجيه كلام من اطلق عدم الاثم على ما حكاه

بانه لا يعقل ارتكاب في صورة الجهل لانه لا يعاقب وناقش فيه بعض من تاخر بان نفي الاثم والعقاب
عن الجاهل لا ينافي ما قرره في الاصول من كون الجاهل بالاحكام عن تقصير انما معاقب
ولا ريب ان الجهل بالفساد هنا انما هو من الجهل بالحكم لان جهله بصحة العقد وفساده
انما نشا من الجهل بشرائط العقد واحكامه مثل ان الشرط المنافي للعقد فاسد ومفسد للعقد
وكذا الشرط المخالف لكتاب الله سبحانه وقس على ذلك سائر الاحكام وسائر اسباب الفساد
ومعلوم انه يجب عليه العمل على طبق احكام الله تعالى بعد تحصيل العلم بها الذي هو
مقدمة لها فاذا كان مقصرا في تطبيق العمل على الواقع كان مستحقا للاثم والعقاب على نفس
الواقع واجاب عنها تارة بان مرادهم بالجهل هنا انما هو الجهل المركب ومعلوم انه
لا يجوز توجيه الخطاب الى صاحبه بالفعل فلا يترتب عليه العقاب من هذه الجهة
وان ترتب عليه من جهة اخرى اعني تفويت الواقع واخرى بان مرادهم بالجهل
هنا ما يعم الجهل البسيط فهو ايضا داخل في عنوان حكمهم وذلك لان المنقول عن المحقق
الثاني ره هو انه لا ريب في انه مضمون عليه الصحيح واذا علم بالفساد لم يجز له التصرف
عند تاكد انه في ملك الغير وحينئذ نقول ان التقييد بالعلم بالفساد احتراز عن الجاهل
بالفساد لكن الاحتراز عنه يقع على وجهين احدهما ان يكون احترازا عنه بمعنى انه لا يستحق الاثم
اصلا وليس هذا بمرادهم وثانيهما ان يكون احترازا عن الجهل البسيط من جهة انه
اذا شك في صحة المعاملة وفسادها كان عليه الفحص ليس هذا حمله الى الجهل بالحكم
حتى يعلم ان المال له فيمسكه او لمالكه الاول حتى يدفعه اليه ولكن في هذا المقام استصحاب
عدم انتقال المال عن مالكه اليه وهذا مع فرض كون الشبهة حكمية غير معتبر الا بعد
الفحص عن الدليل قبل العمل بالاصل والفحص هنا عبارة عن الرجوع الى مظان الحكم ان
كان مجتهدا فيعمل حسب حاله وان كان مقلدا فكذلك وحينئذ نقول ان الاحتراز عن الجاهل
جهلا بسيطا انما هو من جهة انه في حال الفحص لا يجب عليه الرد لاحتمال انه له فلا وجه

لرده الى مالكه الاول فهو في حال الفحص عنه ما مور بالرد في الواقع العالم فليس له حالة الفحص بمهلة
قبل انتهائه ثم اذا ادى فحص الجاهل الى العمل بالاصل او الى العلم بعدم كون المال له
فهنا يكون مخاطبا بالرد ومعاقبا على تركه واذا لم يترتب على الجهل البسيط عقاب
لعدم توجه الخطاب اليه لم يترتب على المركب ايضا عقاب بالطريق الاولى ويحكم العقل
جهة اتحادهما عنوانيهما عنده او فوق ولا يبعد ان يكون المراد بالجهل في كلامهم هو الجهل
بالموضوع الغير الساري اليه من باب الجهل بالحكم كما لو علم ان الشراء من الفاسد موجب
للضمان محرم فاشترى من احد مالا ثم شك في انه مغصوب ام لا او انه اشتراه منه
وكان في الواقع مغصوبا ولم يلتفت الى احتمال كونه مغصوبا اصلا بل هذا هو الظاهر
واذ قد عرفت ذلك نقول هل يجب رده فورا ام لا فالذي افاده المحررة هو انه عند القائلين
بحرمة التصرف في المقبوض بالبيع الفاسد لا خلاف في وجوبه لان الامساك ايضا ولو كان انا ما
نوع من التصرف المحرم فيجب تركه وهو معنى وجوب رده فورا ثم انه ذكر بعض من
تأخر انه وقع الخلاف في طريق التخلص من الغصب من جهة انه عبارة عن الرد
والايصال الى المالك او انه عبارة عن التخلية بينه وبين المال المغصوب وانه اختار في كتاب
الغصب كونه عبارة عن ايصال المال الى مالكه ولو كان موقوفا على مؤنة ولو كانت اجرة
كثيرة بل قد يقال انه يجب عليه الايصال ولو كان فيه تلف نفسه مع كون المال تسبب اجنبي
لعدوانه ثم قال نقول هنا على ما قلنا في باب الغصب فيجب عليه الرد فورا ومع علمه
الامساك الذي هو عدم الرد ولكن لقائل ان يقول ان ذلك محل تامل اولا من
جهة الاصل فانه يمكن ان يقال هناك بان اللازم انما هو ما كان اسرع في التخلص وقد يكون
الاعلام والتخلية بينه وبينه اسرع في التخلص لكونه قد يترتب على النقل كلفة ومؤنة
الغاصب مثلا او يكون اصلح بحال المالك كما لو كان هو في بلد والمالك في بلد اخرى وغرضه بالمال
هو التجارة وكان بلد المال اعود من بلده مضافا الى الاحتياج الى مؤنة النقل وكون الغاصب

لم يغصب المال

لم يغصب المال الاخر بلده وثانيا انه يجب جميع احكام الغصب في المقبوض بالبيع الفاسد
مما يطالب بالدليل عليه وان وقع في عبائر المحقق الاردبيلي رحمه تشبيهه بالمغصوب والحكم بعدم
جواز تصرفه وحفظه ووجوب رده الى مالكه معجلا هذا وظاهر كلام المحررة حيث قيد نفي
الخلاف في وجوب الفور بالرد بتفرعه على القول بعدم جواز التصرف فيه هو عدم تسلمه على كون
طريق التخلص في الغصب هو الرد الى المالك والايصال اليه بل بناؤه اياها على عدم جواز التصرف
وتنجز ذلك بلا حظة ما استدل به على ذلك فوق او سيجي ويدل عليه انه بعد الفراغ عن حرمة
التصرف في المبيع بالبيع الفاسد قال لا يخفى ان الامساك يقع على وجهين احدهما ان يكون
بنية التخلية بين المالك وبين ماله بان لا ينتفع به ولا يستعمله اصلا بل يضعه في مكان
مناسب بنية تمكين المالك منه وثانيهما ان يكون بنية منعه وعدم تمكينه منه مع عدم
استعماله والانتفاع به ولا ريب ان شيئا من الوجهين ليس بتصرف لغة واما بحسب العرف
فالوجه الثاني تصرف دون الاول فلا يدل حرمة التصرف على حرمة الوجه الاول وهو
قد التفت الى ذلك بعض الافاضل ولهذا السؤال ولعله نوقش في كون الامساك تصرفا كما عن
قوله لا يحل مال امرئ مسلم لاخيه الا عن طيب نفسه حيث يدل على تحريم جميع الافعال
المتعلقة به التي منها كونه في يده واقول ان دلالة قوله لا يحل الخ على تحريم الامساك على
الوجه الاول الذي هو كونه في يده بنية التخلية والتمكين لا تخلو من نظر بل منع فقد تحقق ان بعض
المعاصرين قال انه قد استدل عليها بعض الفقهاء بخبر ابي ثم قال انه لذلك لعله للتلازم
بين الفورية وبين الضمان ولكنه محل منع كما في العارية المضمونة والمقبوض بالسوم
كثير من الاصحاب تجوز هذا كلامه فتأمل لكن الذي يظهر هو عدم الاثم في حبسه
هذا التصريح بما ظهر من التقييد بقوله على تقدير عدم جواز التصرف فيه من وجوب قوله اخر
في مقابله ضرورة ان القبض بعد العلم بالفساد من جملة التصرفات لا انا قلنا بان الامساك بنية التخلية
وتمكين المالك في صورة وقوع القبض في حال جهله بالفساد ليس من قبيل التصرف لو فرع العرف

هذا استدلال على وجوب الفور بالرد ه
الا الاستدلال انما هو في حال العلم بالغصب ولا تعرض له ولا يخفى

بين العربي ثم ان بعض من ناقش وافق المصنف قده في رد هذا القول بان الاذن انما صدر مقيدا
بكونه عوضا في البيع فينتفي بانتفائه كما هو الشأن في كل مقيد من الانتفاء بانتفاء قيده الا انه
صورة ما هو مال لو كان معتقدا لمالك بقاء المال عنده باقباضه في الظاهر ولم يكن مقصود البيع حقيقة
الا انه احتمال لبقائه عنده ببيعه منه في الظاهر فان الاذن حينئذ موجود وانت خبير بان ذلك
خروج عن قاعدة الفرض لان الكلام انما هو في قصد البيع حقيقة واين مثل ما ذكره مما
نحن فيه هذا وقد وجه بعض المعاصرين كلام الشيخ قده في صورة علمهما بالفساد حيث
قال واولى بالمنع دعوى ان ذلك باذنه لانه قد دفعه اليه باختياره لوضوح انه انما
ملكه اياه عوضا عن ماله ولم يسلم له شرعا والمفروض عدم قصد التمليك بغير سبب
المخصوص وعدم قصد اباحة التصرف به في ملكه وعدم قصد كونه امانة عنده
على جهة الوديعة ونحوها وعدم حصول القطع بالرضا بالامساك والتصرف بل على عدم
حصول الظن المعتبر شرعا بذلك كي لا يجب عليه الرد فورا ويباح له الامساك الى ان
يطالبه المالك به ولكن الانصاف انه مع علمهما بالفساد لا ينكر حصول احد هذه الامور
سيما بالنسبة الى مجرد الامساك الى حين مراجعة المالك لا ينكر علمه بالرضا
بالامساك لعده سفيهها غير عارف بالخطاب ولعله لهذا تخيل بعدم الاثم في امساكه
كما عن ظاهر ... ومعلله بانه قد قبضه باذن مالكه بل عن المسالك ... التصريح بنفي
الاثم نسبته الى الاصحاب وحملها على صورة الجهل خاصة لنفي العقاب معها بعيف ... ان لم
تقطع بعدمه انتهى ولا يخفى ما فيه من مواقع النظر اما اولا فلان حصول احد الامور
المذكورة وان كان موجبا لاباحة الامساك الا ان ذلك خروج عن الفرض لان
الكلام انما هو في المبيع بالبيع الفاسد من حيث هو ولا نمنع حصول العوارض الخارجية
المبيحة للامساك الا انه خارج عن ... وقد تقدم الاشارة اليه سابقا ثم واما ثانيا فلان قوله لعده
سفيهها غير عارف بالخطاب على الاطلاق وهو واضح انه لا مقتضى للسفه في هذا المقام عند الناس

دعى

وفي الواضح انهم انه لا دلالة للخطاب المبايعة على الاذن والاباحة حتى على تقدير فسادها بعد
رد المال الى المالك غير عارف بالخطاب واما ثانيا فلان كلام المسالك مطلق وتوجيهه بما
يختص بصورة علمهما بالفساد وحمل الكلام على ما ذكره من التوجيه غير وجيه واشنع منه
التعريض بالمصنف قده من حيث حمل الكلام منه على صورة الجهل خاصة حيث ذكر انه لا فرق بين
ما ذكره من التوجيه وبين الحمل الذي افاده المصنف قده في كون كل منهما تقييدا للاطلاق فتدبر
تنبيه فصل في شرح القواعد في كيفية التخلص من المال المقبوض بالبيع الفاسد فقال
بانه ان كان البائع غاصبا وجب رد المال الى المالك والا لم يجب عليه ان يدفع بين التخلية
بينه وبينه ولا مؤنة عليه ... وذكر بعض المعاصرين ما لفظه وفي شرح
القواعد انه حيث يجب الرد فان كانت العين باقية ردها ان كان غاصبا او خلى بينه
وبينها ان لم يكن غاصبا مع ما نقص من توابعها الجوهرية والعرضية ما لم تكن من فعل المشتري
كما معفو ... فانه يضرب بنسبتها ان بقيت والا دفع اليه قيمتها ان تلفت بعد
الى ... فيه ... من نظر ... وان امكن دفع الاخير بان يكون بالرد الواجب
مجرد عدم جواز التصرف مع ان دليل وجوب الرد عام للغاصب وغيره ما لم يكن معذورا
بل وان كان معذورا الا انه يرجع بمؤنة الرد على الغاصب مع انه قد يتأمل في تحقق الغرر في نحو
المقام الذي مرجعه الى الجهل بالحكم دون الموضوع الا انه قد يكون من الجهل بالموضوع
كما لا يخفى على المتتبع انتهى الثالث انه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاها المشتري
قبل الرد كان عليه عوضها في كلمات ... بل ظاهرها تقدم من ... من كونه بمنزلة المغصوب
الاتفاق على الحكم ويظهر من عبارة التذكرة في مسألة المنافع الغير المستوفاة
في كلام المصنف قده ما هو صريح في دعوى اتفاقهم على ثبوت الضمان في المنافع المستوفاة
وغيرها في ... ويدل عليه عموم قوله ع لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه
بناء على صدق المال على المنفعة ولذا يجعل ثمنا في البيع وصداقا في النكاح لا يخفى ما فيه

لان الحديث مسوق لبيان الحكم التكليفي لا لبيان الحكم الوضعي الذي هو صيرورة المال عليه مضمونة
بان يلزم الخروج منها على تقدير التلف مضافا الى ان المنفعة وان كانت مستوفاة
لا يصدق عليها المال وصيرورتها ثمنا في البيع وصداقا في النكاح وليس في الادلة
الشرعية ما يدل على ان غير المال لا يصير ثمنا ولا صداقا حتى تنكشف بصيرورتها
ثمنا وصداقا عن ذلك والظاهر ان نظر المقدمة في الاستدلال بالحديث مع ظهوره
بالحكم التكليفي وانه ليس مما يخفى عليه الدقائق فكيف بمثل هذا الظهور ان هو
حل المال المتلف عبارة عن عدم تعلقه بذمة المتلف وعدم كونه مطالبا بالاداء
وبعد تسليم هذا المعنى يصح الاستدلال به بالنسبة الى مثل الشاة واللبن والصوف
والولد ونحوها مما هو من التوابع التي هي من قبيل الاعيان التي يصدق عليها المال
اذا تلفت ويصير عدم القول بالفصل بينها وبين المنافع تم الحكم فيها الفرق
هنا استدل على الضمان فيما نحن فيه من المنافع المستوفاة بقوله على اليد ما اخذت
حتى تؤدي وبقاعدة الضمان المعبر عنها بان من اتلف مال الغير ضامن وبادلة
على احترام مال المسلم بالنسبة الى ما عرفت من التوابع التي هي من قبيل التوابع الاعيان
مع تلفها بل وبتسلط الناس على اموالهم بالنسبة اليها التي مع وجودها واثبت
الضمان للمنافع بضميمة عدم القول بالفصل فولس خلافا للوسيلة فنفى الضمان
محتجا بان الخراج بالضمان كما في النبوي المرسل لكن ظاهر جماعة من الاصحاب عدم الفرق
بين علم المتبايعين بالفساد وجهلهما به وهو مقتضى الحكم بالجاهلين به ولم تتعرض
لغيرهما فيمكن ان يكون الحكم عنده في غيرهما ضمان المنافع المستوفاة او عدم ضمان
شيء من العين والمنافع مطلقا او في حق العالم خاصة اذا كانا مختلفين في العلم والجهل
او غير ذلك ولا يبعد ان نأتي بكلام مرة بعينه قال بعد ذكر اقسام البيع الفاسد فاذا
باع احد بيعا فاسدا وانتفع بالمبتاع ولم يعلما بفساده ثم عرفا واسترد البائع المبيع لم يكن

له

له استرداد ثمن ما انتفع به او استرداد الولد ان حملت الام عنده وولدت لانه لو تلف
المبيع عنده لكان من ماله والخراج بالضمان انتهى وتحقيق المسألة يتوقف على
ذكر متن الحديث وما حققه منقوله لم تعثر على ذكره في كتب الاخبار المأثورة من طرق
خاصة ولكن قال في النوع الاول من كتاب الاشباه والنظائر القاعدة العاشرة
الخراج بالضمان حديث صحيح رواه احمد وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وابن حبان
من حديث عائشة وفي بعض طرقه ذكر السبب وهو ان رجلا ابتاع عبدا فاقام عنده
ما شاء الله ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وآله فرده عليه فقال يا رسول الله قد استعمل
الغلام فقال الخراج بالضمان قال ابو عبيدة الخراج في هذا الحديث غلة العبد يشتريه
الرجل فيستغله زمانا ثم يعثر منه على عيب دلسه البائع فيرده وياخذ جميع الثمن
ويفوز بغلته كلها لانه كان في ضمانه فلو هلك هلك من ماله انتهى وفي الفائق كل
ما خرج من شيء فهو خراجه فخراج الشجر ثمره وخراج الحيوان دره ونسله انتهى وذكر
فخر الاسلام في اصوله ان هذا الحديث من جوامع الكلم لا يجوز نقله بالمعنى وقال
اصحابنا في تخريج العيب ان الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل لا تمنع من الرد بالعيب
كالكسب والغلة وتسلم للمشتري ولا يقابلها شيء من الثمن لكن هي من المبيع
بالثمن وانما ملكها بالضمان وبمثله يطيب الربح بالحديث ثم قال هنا سؤالات لم ار من اجاب عنهما
احدهما انه لو كان الخراج في مقابلة الضمان لكانت الزوائد قبل القبض للبائع اذا تم العقد
والفسخ لكونه في ضمانه ولا قائل به واجيب بان الخراج يعلل قبل القبض بالملك
وبعده به وبالضمان معا واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان لانه اظهر عند
البائع واقطع لطلبه ومعنا ان الخراج للمشتري انتهى الثاني انه لو كانت العلة
للضمان لزم ان تكون الزوائد للغاصب لان ضمانه اشد من ضمان غيره وبهذا
احتج لابي حنيفة في قوله ان الغاصب لا يضمن منافع المغصوب واجيب بانه قضى بذلك

في ضمان الملك وجعل الخراج لمن هو مالكه لانه اذا تلف تلف على مالكه وهو المشتري والغاصب
لا يملك المغصوب وباب الخراج وهو المنافع جعلها لمن عليه الضمان ولا خلاف في ان الغاصب
لا يملك المغصوب بل اذا اتلفها فالخلاف في ضمانها عليه فلا يتناول موضع الخلاف وذكر الجلال
السيوطي وقال ابو يوسف ومحمد فيما اذا دفع الاصيل الدين الى الكفيل قبل الاداء
عنه فربح الكفيل فيه وكان مما يتعين ان الربح يطيب له واستدل لهما في فتح القدير
بالحديث وقال الامام يرده الى الاصيل في رواية ويتصدق به في رواية وقالوا في
المبيع فاسدا اذا فسخ فانه يطيب للبائع ما ربح لا للمشتري والحاصل ان الخبث ان
كان لعدم الملك فان الربح لا يطيب له اذا ربح في المغصوب والامانة ولا فرق بين
المتعين وغيره وان كان لفساد الملك طاب فيما لا يتعين لا فيما يتعين ذكره الزيلعي
في البيع الفاسد وقال الجلال السيوطي خرج عن هذا الاصل مسئلة وهي ما لو
اعتقت المراة عبدا فان ولاءه يكون لابنها ولو جنى جناية خطأ فالعقل على عصبتها
دونه وقد يجيء مثله في بعض العصبات يعقل ولا يرث انتهى هذا تمام ما في الاشباه و
النظائر واذ قد عرفت ذلك فلنرجع الى بيان معنى الحديث فنقول انه يحتمل الوجوه
احدها ان المنفعة للضامن بمعنى ان من حكم عليه بضمان شيء شرعا وضمانه تلفه على عهدته
كانت منافعه له مطلقا سواء كان ضمان ذلك الشيء بالتملك ام بالاستيلاء على مال الغير
وسواء كان استيفاء المنفعة في حال التملك كالعبد الذي اشتراه فاستغله
ثم رده بالعيب السابق فان مقتضاه ان تكون الغلة للمشتري ام في غير حاله كما
لو انتفع البائع بالمبيع الذي تلف قبل قبض المشتري فان منافعه التي استوفاها
البائع منه تكون له لان ضمانه عليه بمعنى انه ينتقل اليه آنا ما عند التلف فيتلف
من ماله وسيتضح لك الحال فيما نذكره من الوجوه الآتية انشاء الله تعالى وعلى هذا الوجه
من اكترى دابة مثلا الى مكان خاص فتجاوزه فانه بتجاوزه يحكم عليه بانه ضامن لها شرعا

فيصير

فيصير منفعة المال للضامن بسبب ضمانه او في مقابل ضمانه للمعنى على ما اشار اليه المحقق
البابرتي وساير في صحيح ابن بولاد انتهى ثم ان ابا حنيفة اخذ بذلك في كراء البغل الذي اكتراه فتجاوز به
عن المكان المشروط فيما بينهما او في مثل ذلك مما يتعين لا كما كان الحال فان ما ذكرناه هنالك لكن هذا
المعنى وان كان مقتضى ظاهر اللفظ الا انه لا يتم الحكم به الا على منوال ما عرفت وانه عند اصحابنا
مخصوص بالغاصب والقابض على السوم ونحوهما وكيف ينتظم الحكم به ولازمه ان يحل لمن اراد
ان يصير منافع شيء من اموال الناس ان يتصرف فيه على وجه الغصب المستعقب للضمان
فتصير المنافع له ثانيها ان يكون المراد بالضمان الذي بازائه المنفعة هو الضمان اختيارا بمعنى
التزام الشيء على نفسه وتقبله مع امضاء الشارع وهذا كالبيع الصحيح فانه اذا التزم
المبيع وتقبله على ان يكون له وانه لو تلف لذهب من ماله وخرج من كيسه كان له منافع
المبيع بازاء ضمانه له وهذا هو الذي اشار اليه المحقق واشار الى انه ينتقض بالعارية المضمونة
لان المستعير قد اقدم على ضمانها وليس له منافعها وهذا المعنى يخرج منه امران احدهما
ما ليس فيه ضمان والتزام اختيارا حتى مثل المال الموروث فانه ليس على حد مال المشتري في التزم
[illegible] به اختيارا بمعنى انه لو تلف لذهب من ماله وخرج من كيسه وثانيهما ما لم يمضه الشارع
وان كان من قبيل ما التزم به اختيارا ثالثها ان يكون المراد بالضمان هو الضمان اختيارا
لكن لا بقيد كونه مما امضاه الشارع بل مطلقا فتكون المنافع بازاء ما اقدم على الالتزام به اختيارا
وان لم يمضه الشارع كما في البيع الفاسد والصحيح وهذا الوجه قد يظهر من كلام المحقق
كما ان سابقه يظهر من دليله وعلى التقادير الثلثة ينبغي ان يكون المراد بكون الخراج للضامن
هو كونه ملكا له ويمكن ان يكون المراد بذلك كونه لا يغرم لمن ولا يطالب به رابعها ان
لا يكون المراد بالضمان خصوص الالتزام اختيارا ولا الضمان بمعنى لزوم الخروج عن
عهدته باداء مثله او قيمته اذا تلف بل يكون المراد به هو كون تلف المال المضمون من مال
الضامن حقيقة ولو من جهة كشف التلف عن دخوله في ملكه آنا ما قبله على نحو ما قيل في المعاطاة

على القول بالاباحة وان الفائدة غير مضمونة عليه بسبب ضمان اصل المال يعني ان ضمانه اصلا
سبب لان تملك ضمان الفائدة لكونها تابعة لاصل العين وعلى هذا فيكون حاصل معنى هذا
الحديث الى ان المنافع تابعة لاصل العين ولو كانت العين في حال الانتفاع بها ليست
ملكا للمنتفع وقد انتفع بها قبل الانتقال اليه بالتلف اما قبله فاذا اتفق انتقال
العين اليه بالتلف اذا لم يكن مطالبا بالمنافع التي استوفاها قبله كما في تلف المبيع قبل
القبض فانه يتلف من مال البائع بالانتقال اليه آنا ما فاذا كان قد استوفى منافعه قبل
تلفه فانه لا يطالب اذا تلف قبل القبض لضمان الاصل الذي تكون المنافع تابعة له ولا
يطالب بها فيكون المراد بالضمان هنا شئ لا يلزم في قولهم يضمن بصحيحه على قول من فسره بمجرد
كون التلف من ماله وعلى هذا الوجه يكون المراد بالضمان مطلق التلف من ماله سواء
كان بسبب اختياري بان اقدم على الضمان كما في الشراء حيث ان المشتري يقدم على ضمان المال
الذي اشتراه ام كان بسبب اضطراري كما في المال الذي انتقل اليه بالارث كان الانتقال
اعم من ان يكون على وجه الدوام او آنا ما كما في تلف المبيع قبل القبض وهذا الوجه
قد اشار اليه بعض المعاصرين ومال اليه بعض من تأخر مستشهدا على ذلك بقوله ع في
مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري الا ترى انها لو احترقت كانت
من مال المشتري بخصوصها ما وجدته في كلام الشيخ ره في ط قال روى في فصل في ان الخراج بالضمان
اذا كان للرجل مال فيه عيب فاراد بيعه وجب عليه ان يبين للمشتري عيبه ولا يكتمه
او يتبرأ اليه من العيوب والاول احوط فان لم يبينه واشتراه انسان فوجد به عيبا كان
المشتري بالخيار ان شاء رضي وان شاء رده بالعيب واسترجع الثمن فان اختار فسخ البيع ورد
المبيع نظر فان لم يكن حصل من جهة المبيع نماء رده واسترجع ثمنه وان كان حصل نماء وفائدة
فلا يخلو من ان يكون كسبا من جهته او نتاجا وثمرة فان كان كسبا مثل ان يكتسب بعمله او بتجارته
او يوهب له شئ او يصطاد شيئا او يحتطب او يحتش فانه يرد المعيب ولا يرد الكسب بلا

ولازم هذا التفسير ان تكون المنافع التي استوفاها المشتري من مال المشتري بالمعاطاة اذا تلفت عنده
لره

خلاف

خلاف لقوله ص الخراج بالضمان فالخراج اسم للغلة والفائدة التي تحصل من جهة المبيع ويقال للعبد
الذي ضرب عليه مقدار من الكسب في كل يوم او في كل شهر عبد مخارج وقوله ع الخراج
بالضمان معناه ان الخراج لمن يكون المال يتلف من ملكه ولما كان المبيع يتلف من ملك المشتري
لان الضمان انتقل اليه بالقبض كان الخراج له فاما النتاج والثمرة فانهما ايضا للمشتري وان
حصل من المبيع نماء قبل القبض كان ذلك للبائع اذا اراد الرد بالعيب لان ضمانه على البائع
لظاهر الخبر انتهى وهو يغاير الوجه السابق في تخصيص مضمون الحديث بالبيع حيث
قال فالخراج اسم للغلة والفائدة التي تحصل من جهة المبيع والظاهر انه مراده ره انه
في هذا الحديث فقد عبر به عن فائدة البيع والا فلا يساعد عليه كلام اهل اللغة ففي المصباح
ان الخراج والخرج ما يحصل من غلة الارض ولذلك اطلق على الجزية انتهى وعن بعضهم
انه في الاصل اسم لغلة الارض وما يحصل من عمل العبد لغيره ثم صار اسما لما ياخذه
السلطان من رعيته وكيف كان فلا يشمل نفس منافع العين المبيع كالركوب ونحوه بل مقتضى
الجمود على ظاهره انه لا يشمل سائر عقود المعاوضات ايضا كالصلح ونحوه وقد صرح العلامة ره
في البحث الثالث من الفصل الثالث من كتاب الغصب من التذكرة بان الحديث وارد في البيع ولا
يدخل فيه الغاصب لانه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالاجماع انتهى وهذا الاعتبار
يغاير ما ذكره في المصرية لما يفهم من الوجه الثاني حيث انه ره جعل الضمان عبارة عن مطلق الالتزام
والتقبل الشامل للبيع وغيره وان ذكر المبيع بخصوصه مثالا الا انه يغايره من جهة كون
ما ذكره الشيخ ره اعم من الاختياري والقهري لانه قال وان حصل من المبيع نماء قبل القبض
كان ذلك للبائع اذا اراد الرد بالعيب لان ضمانه على البائع لظاهر الخبر وذلك لا يكون هذا
الضمان ليس مما اقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بازائه وانما هو امر قهري حكم به
الشارع كما قاله العلامة ره في رد ابي حنيفة وشبهه بحكم الشارع بضمان المغصوب والمقبوض بالسوم
في خلاف الوجه الثاني الذي ذكره في المصرية فانك قد عرفت انه اعتبر فيه كون الضمان بالاقدام

والاعتبار سادسها ما في نهاية ابن الاثير حيث قال الخراج بالضمان يريد بالخراج ما يحصل من غلة
العين المبتاعة عبدا كان او امة او ملكا وذلك بان يشتريه فيستغله زمانا ثم يعثر منه
على عيب قديم لم يطلعه البائع عليه او لم يعرفه فله رد العين المبيعة واخذ الثمن ويكون
للمشتري ما استغله لان المبيع لو كان تلف في يده لكان من ضمانه ولم يكن على البائع شيء
والباء في بالضمان متعلقة بمحذوف تقديره الخراج مستحق بالضمان اي بسببه ومنه حديث
شريح قال لرجلين احتكما اليه في مثل هذا فقال للمشتري رد الداء بدائه ولك الغلة
بالضمان انتهى ومثله او نحوه ما ذكره في شرح القاموس من ان قوله الخراج بالضمان
معناه ان غلة العبد للمشتري بسبب انه في ضمانه يعني ان الغلة والمنفعة الحاصلة
من عمل العبد المشترى يصير للمشتري ثم قال وتصوير المسئلة انه اذا اشترى احد من
غيره عبدا فاستغله مدة فحصل عنده من اعمال ذلك العبد مقدار جم من المنافع
ثم انه رده على مالكه الاول لعيب قديم سترها البائع واخفاه على المشتري وان البائع
ايضا لم يكن مطلعا على عيبه فح يسترد المشتري من البائع تمام الثمن الذي بذله في
مقابلة العبد ويصير الغلة الحاصلة من اعمال العبد قبل الرد للمشتري وليس للبائع
ان يطالب المشتري بها لان العبد المشترى لو كان قد تلف تحت يده لكان من ماله
ولم يكن له مطالبة البائع بشيء مما دفعه اليه بازاء العبد ثم قال والحديث المذكور مثل
حديث الغرم بالغنم من اقسام جوامع الكلم والباء في قوله بالضمان للسببية متعلقة بكلمة
مستحق مقدرة في نظم الكلام والتقدير الخراج مستحق بالضمان او ان الباء للمقابلة والمضاف
محذوف والتقدير بقاء الخراج في مقابلة الضمان فهو بمنزلة ما لو قيل منافع المبيع بعد
القبض تبقى للمشتري في مقابلة الضمان اللازم عليه بتلف المبيع ثم قال والعبد هنا
على طريق التمثيل فهو جار في الامة وساير اعيان الاملاك انتهى وهذا الوجه وان
وافق ما ذكره الشيخ ره في كون المراد بالضمان هو الالتزام بالمبيع بسبب البيع وانه اخص

حكم

حكم الحديث بناء عليهما بالبيع الاول مقتض لكلام الشيخ ره من كون المنافع في مقابلة
الضمان حكم وان لم يكن الانتفاع في حال الملكية لا يكشف عنه حكمه بكون منافع المبيع
الذي تلف قبل قبض المشتري اياه للبائع من جهة ان ضمانه عليه وظاهر انه في
حال حصول المنفعة لم يكن ملكا للبائع وانما كان ملكا للمشتري غاية ما في الباب انه عند
التلف انتقل الى البائع انا ما فتلف في ملكه ومعلوم ان الانتقال الى ملكه متأخر
عن وقت حصول المنفعة ولكن مقتضى الوجه الاخير هو ان المنفعة الحاصلة
في حال الملكية للمالك لا يكشف عنه البيان الذي ذكره في رد العبد الذي استغله
بالعيب السابق وقوله ايضا فهو بمنزلة ما لو قيل منافع المبيع بعد القبض للمشتري
في مقابلة الضمان اللازم عليه بتلف المبيع فتدبر ولعل المصرح نص على ان البيع من
باب التمثيل لمطلق الالتزام بضمان العين وانه السبب في كون المنفعة له ولهذا ذكر في رده
البيع مثالا واذ قد عرفت ذلك فلنرجع الى الاستدلال ابن حمزة فنقول ان الحديث
المذكور لا يصلح سندا له لشيء من معانيه اما الاول فلانه لم يقل به احد من علمائنا
والا لانتقض بالغاصب والقابض للسوم ونحوهما وقد عرفت في كلام العلامة الاجماع
على انه لا يجوز الانتفاع بالمغصوب نعم هذا المعنى موافق لمذهب ابي حنيفة كما استفاد
من صحيحة ابي ولاد واما الثاني فلانه ان كان هو المراد لم يدخل فيه محل البحث لان
الضمان فيه وجهين احدهما حكم الشارع بضمان المقبوض بالبيع الفاسد بالعوض الحقيقي
الذي هو المثل او القيمة فان كان مناط الاستدلال تطبيق الحديث على هذا النوع
من الضمان الحكمي عليها انه ليس مما اقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بازائه وانما
هو امر قهري حكم به الشارع كما حكم بضمان المقبوض بالسوم والمغصوب وثانيهما
دخول المشتري في المبيع على ان يكون المبيع له بازاء ما يدفعه الى البائع وانه اذا تلف
ذهب من ماله فان كان مناط الاستدلال تطبيق الحديث على هذا النوع من الضمان الجعلي

عليه ان هذا النوع من الضمان ليس مما امضاه الشارع وبهذا البيان يعلم ما في عبارة المعاصر
من قصورها بظاهرها عن افادة تمام المطلوب لانه رد التمسك بالوجه الاول حيث قال
في رده وفيه ان هذا الضمان ليس مما اقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بازائه اه
واما الثالث فلانه ان كان هو المراد اتجه على المستدل انه لا مساس للحديث ح بمطلق
الضمان الذى اقدم عليه في البيع الفاسد لم يمضه الشارع وبهذا يعلم ما في كلام بعض المعاصرين
حيث قال وان اريد به يعني بالحديث ان الفائدة لمن اوجب ضمانه عليه بسبب اقدامه
عليه مطلقا وان لم يمضه الشارع امكن الاستدلال به الا انه لا شاهد على ارادته انتهى
واما الرابع فلانه ان كان هو المراد بالحديث لم ينطبق على محل البحث لان مقتضاه
ان المنافع تابعة للملك بمعنى انها ان حصلت في زمان تحكم فيه بكون العين لشخص
وحصلت في زمان تعقبه الملك القهري له كما في تلف المبيع قبل القبض كانت منافعها
له وليس الحال في البيع الفاسد على هذا المنوال اما عدم حصول المنافع في زمان نحكم
فيه بكون العين المشتراة بالبيع الفاسد للمشتري فواضح ضرورة ان المفروض فساد
البيع اما عدم حصولها في زمان يتعقبه الملك القهري فلان ذلك موقوف على
الحكم بكون المبيع بالبيع الفاسد ينتقل عند تلفه آنا ما الى المشتري ثم يتلف في ملكه وهذا
محتاج الى الدليل ولا دليل عليه واما الخامس فلمثل ما ذكر في سابقه واما
السادس فلان محصله هو ان المنافع الحاصلة في حال كون العين لشخص تكون
له واين هذا من المبيع بالبيع الفاسد بالنسبة الى المشتري والا لم يكن فاسدا وبعض
فتحصل من جميع ذلك انه لا مجال لتمسك ابي حنيفة بالحديث لكون المنافع التي استوفاها
المشتري له هذا ولكن ذكر بعض المعاصرين انه يمكن الاستدلال بالحديث بناء
على ارادة الوجه الاول منه وهو ان يكون المراد بالضمان مطلقه الشامل للجميع فغاية
ما في الباب انه يقال قد خرج ما خرج عنه من بعض الافراد باجماع ونحوه كخبر الجارية

المسروقة

المسروقة والغلة ونحوهما فلا يتجه المنع على استدلال ابي حنيفة بالخبر لان خروج
بعض الافراد من تحت العام او المطلق لا يخرجه عن الحجية بالنسبة الى ما لم يدل دليل
على خروجه من تحته وهذا الكلام متجه لو كان اللفظ ظاهرا فيه بحيث يكون الظهور عرفيا
معتبرا واما ان لم يكن هناك ظهور عرفي معتبر كما عليه الحال فيما نحن فيه عند التامل
والانصاف فلا يجدي كون احد المعنيين المحتملين من اللفظ المجمل منطبقا على مورد
الاستدلال ثم ان هذا كله ان اريد بكون الخراج في مقابلة الضمان كونه ملكا للضامن
واما ان كان المراد به ان الخراج الذى يستوفاه الضامن لا يطالب به لان الخراج بحسب
مقابلة الضمان فلا يطالب به ولا يسترد منه فهذا المعنى منطبق على ما فصله ابو حنيفة
بانه قال في تقريب الاستدلال ان المبيع بالبيع الفاسد وان لم يملكه المشتري لكنه
لا يملك منافعه الا انه لا يطالب بالمنافع لكونها في مقابلة الضمان بمعنى انها نصيب له
في مقابلته فلا يطالب بها الا ان اللفظ ليس ظاهرا فيه بحيث يصح الركون اليه في
الاعتماد في الحكم الشرعي عليه لكون اللفظ محتملا لما لا ينفع مطلوبه وهو ان
يكون المراد بالحديث ان الفائدة مملوكة له لانه ملكه حال الانتفاع به كما قيل في
تفسير الضمان بضمان صحيح في كسب مثل غلة تم في مقام الاستشهاد على كون منفعة
المبيع في زمان الخيار للمشتري الا ترى انها لو احترقت لكانت من مال المشتري اشارة الى
رواية اسحق بن عمار قال حدثني من سمع ابا عبد الله ع وسئله رجل وانا عنده فقال
رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى اخيه فقال ابيعك داري هذه ويكون لك احب
الي من ان يكون لغيرك على ان تشترط لي ان انا جئتك بثمنها الى سنة ان ترد علي
فقال لا باس بهذا ان جاء بثمنها الى سنة ردها عليه قلت فانها كانت فيها غلة كثيرة
فاخذ الغلة لمن تكون الغلة فقال الغلة للمشتري الا ترى انه لو احترقت لكانت
من ماله في كسب ونحوه في الرهن اشارة الى رواية اسحق بن عمار قال قلت لابي ابراهيم ع

الرجل وهي الغلام والدار فتصيبه الآفة يجب من يكونه قال على مولاه ثم قال أرأيت لو قتل
قتيلا على من يكون قلت هو في عنق العبد قال ألا ترى فلم يذهب مال هذا ثم قال
أرأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ مائتي دينار لمن كان يكون قلت لمولاه
قال كذلك يكون عليه ما يكون له فتوكسي وربما يخفف ما ذكرناه في معنى الرواية
بالعارية المضمونة حيث انه اقدم على ضمانها مع ان خراجها ليس له لعدم تملكه المنفعة
وانما تملك الانتفاع الذي عينه المالك فتأمل وجه التأمل انه يمكن ان يقال ان معنى
الرواية هو ان الخراج في مقابلة ضمان العين بعنوان كونها من ماله ولكونها ملكه في
حال الانتفاع الذي هو السبب لكون تلفها منه والعارية المضمونة لم تضمن
بعنوان كون عينها ملكا للمستعير حتى تكون ملكه في حال الانتفاع فيصير خراجها له
في مقابلة الضمان فتوكسي واضعف من ذلك رده بصحيحة ابي ولاد وجه كونه اضعف
هو كون مورد الصحيحة هو الغصب مجردا عن عنوان البيع فلا مساس لها بمسئلة
ضمان المقبوض بالبيع الفاسد اصلا فتوكسي لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون
المنافع اموالا حقيقة بان مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان الا ان يندرج في عموم
على اليد ما اخذت ولا اشكال في عدم شمول الموصول للمنافع وحصولها في اليد
بقبض العين لا يوجب صدق الاخذ اشارة بقوله بعد تسليم الخ الى ان كون المنافع مما
فيجري عليه حكم الاموال لا يوجب كونها اموالا حقيقة ثم افاد انه بعد التسليم لا تندرج
في عموم على اليد من جهة المانع عن ذلك اصلا وهو تضمن الحديث لفظ الاخذ وهو
لا يصدق على المنافع المقبوض منبوعها الذي هو العين وذكر بعض من تأخر ان
الوجه هو الحكم بضمان المنافع الفائتة بغير استيفاء وان المستند هو عموم على اليد
لان الفقهاء استندوا اليه في الحكم بضمانها فقد فهموا منه معنى عاما يشمل ما نحن
فيه وعندي انه فهمهم لا حجة فيه بعد ظهور اللفظ في خلاف ما فهموه ولا انحصار في

الظاهر

الظاهر ولم يعلم استنادهم جميعا اليه وان استند اليه بعضهم او جماعة فلعل اصل الحكم مجمع عليه
او استندوا الى الاخبار التي اشار اليها المصرح بعيد هذا كما لا يخفى انه ان ثبت الاجماع كما
في الفتاوى التي يحكيها المصرح عن التذكرة فهو والا فالوجه هو التوقف كما هو مقتضى
الانصاف فتوكسي اذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله بلا خلاف اعلم ان الكلام
في المقبوض بالبيع الفاسد يقع في امور احدها اصل وجوب رده مع بقائه وثانيها
وجوب اداء بدله في الجملة عند تلفه مع قطع النظر عن كون البدل عبارة عن المثل او القيمة
وثالثها البحث عن انه بعد ثبوت وجوب البدل مقتضى الاصل هو لزوم اعطاء
المثل او القيمة اما الاول فيدل عليه قوله عم على اليد ما اخذت على بعض ما تقرر
من الوجوه في تفسيره ومحصل ذلك ان منهم من جعل الحديث ناظرا الى خصوص
صورة تلف العين بتقريب ان معناه ان على اليد ضمان ما اخذت بمعنى الخروج
عن عهدته على تقدير تلفه وبهذا قيل ان معنى الضمان معنى تعليقي وذلك لانه عبارة
عن الخروج عن عهدة الشيء على فرض تلفه وليس المراد بكونه تعليقيا انه لو قبض
شيئا واخذه لزمه الخروج عن عهدته وان شئت عبرت عن ذلك بانه تعليقي بعد
القبض لانه معلق على تلف المقبوض ومنهم من جعله ناظرا الى الصورتين جميعا
بتقريب ان معنى قوله عم على اليد ما اخذت انه على اليد الخروج عن عهدة ما اخذته
وهذا معنى عام شامل لصورتي وجود المقبوض وتلفه فيكون الخروج عن العهدة
في الاولى برد نفس المقبوض وفي الثاني بدفع بدله وعلى التفسير الاول والثالث يصح
الاستدلال بالحديث على وجوب رد المقبوض مع بقائه وعلى هذا احدهما ينبغي
استدلال العلامة في التذكرة به على وجوب رد العين المغصوبة مع بقائها
وعلى التفسير الثاني لا يتم الاستدلال به على ذلك هذا والتحقيق عندي انه ليس
المراد بالحديث الا التفسير الثاني لان اختصاصه بصورة بقاء العين او شموله

لصورة بقائها فيها او تلفها مما ينافيه التقييد بقوله حتى تؤدى فلا يتم الاستدلال به على وجوب
رد العين مع بقائها الا ان يتمسك بذلك بالاولوية فيقال انه اذا وجب اداء بدلها عند
التلف كان ردها مع بقائها واجبا بطريق اولى واما الثاني فيدل عليه القاعدة
المستفادة من اطلاق الضمان في المغصوبات والامانات المفرط فيها مثل ما في الوسائل عن محمد
بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسن قال كتبت الى ابي محمد عليه السلام رجل دفع
الى رجل وديعة وامره ان يضعها في منزله او لم يامره فوضعها في منزل جاره فضاعت
هل يجب عليه اذا خالف امره واخرجها عن ملكه فوقع عليه السلام هو ضامن لها ان شاء الله ونحوه
وفي رواية الحلبي قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل تكارى دابة الى مكان معلوم فنفقت الدابة
قال ان كان جاز الشرط فهو ضامن وان دخل واديا لم يوثقها فهو ضامن وان سقطت
في بئر فهو ضامن لانه لم يستوثق منها وعن كتاب علي بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلام
قال سألته عن رجل استاجر دابة فوقعت في بئر فانكسرت ما عليه قال هو ضامن ان كان لم
يستوثق منها فان اقام البينة انه ربطها فاستوثق منها فليس عليه شيء وفي رواية ابان عن
عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال في الرهن اذا ضاع من عند المرتهن من غير ان يستهلكه رجع
الراهن فاخذه وان استهلكه تراد الفضل بينهما مضافا الى قوله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا
بمثل ما عوقبتم به وقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم على احد الوجوه وتفصيل المقال ان هذه الاية الاخيرة محتملة لوجوه احدها
ان تكون ما مصدرية ويكون المعنى اعتدوا عليه بمثل اعتدائه ويكون وجه الشبه في كون
كل منهما ما يصدق عليه مفهوم الاعتداء من دون نظر الى فائدة تحديد مقدار الاعتداء
وعدم التجاوز عن المقدار الذي اعتدى به الشخص الاول ولا الى شيء من الكيفيات
والخصوصيات ويصير الحاصل هو الرخصة في تدارك ما اتلفه المتلف باخذ بدله من دون
تعيين صنف البدل وتخصيصه ثانيها ان تكون ما مصدرية ايضا والمراد بالمماثلة في التشبيه

محمد بن علي الحلبي ... اذا استعير عارية بغير اذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن

هو

هو التشبيه الخاص يعني عدم التجاوز في مقدار الاعتداء عن مقدار اعتداء الاول من دون نظر الى
المعتدى به الثاني مثلا للاول او قيمة ثالثها ان تكون ما مصدرية ويكون المراد بالمماثلة في
التشبيه في الاعتداء والمعتدى به وهذا على قسمين احدهما ان يكون المراد بيان حال النوع
المعتدى به بان يكون الاعتداء بالمثل في النوع الذي هو مثلي وبالقيمة في النوع الذي هو
قيمي وان اتفق نادرا في القيمي المشابهة بين التالف والعوض في جميع الاوصاف التي هي
محط انظار العقلاء في المالية كما قد يتفق في الكرباس وفي الاماء والعبيد وعلى هذا فلا يكون
المناط الا القيمة حتى في صورة المماثلة فيما بيناه والى هذا ينظر كلام الشيخ ره حيث استدل
بالاية على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بتقريب ان مماثل ما اعتدى به هو المثل في المثلي
والقيمة في غيره وثانيهما ان يكون المراد بيان حال الاشخاص بان يكون الحكم في
الجزئيات الشخصية التي هي من مال المعتدي اذا كان مماثلا للمعتدى به جواز اخذه
بدلا له ولو لم يكن من مقتضى نوعه المماثلة كما في مثال الكرباس والمماليك وعلى هذا فدلالة
الاية على جواز اخذ المثل في بعض افراد ما هو قيمي بحسب النوع فقد تحصل مما بيناه
في الاية وجوه اربعة وهناك وجه خامس وهو ان تكون ما موصولة عبارة عن
المعتدى به والتقدير فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى به عليكم واذ قد عرفت ذلك علمت
ان ما يصح الاستدلال به من الوجوه المذكورة انما هو الوجه الاول دون الوجوه الاخر
الا ان يقال ان اثبات الخاص يستلزم اثبات العام فانه اذا ثبت الرخصة في الاخذ
عوضا عن الاعتداء الاول او بما يماثل المعتدى به نوعا او شخصا ثبت ان المعتدي ضامن
ويجب عليه دفع البدل الى المعتدى عليه لا على الوجوه الاخر ولا على الوجه الاول
لان غاية ما تفيده الاية انما هو كون المعتدى عليه مرخصا في اخذ المثل او القيمة
وثبوت الرخصة في حقه لا تقتضي وجوب الدفع على المعتدي فلو فرض ان المعتدى
عليه غافل عن ان المعتدي اتلف ماله او جاهل ولكن المعتدي عالم باعتدائه

ويلتفت اليه لم يثبت من الادلة انه يجب عليه دفع البدل الى المالك وانما ثبت فيها ان المعتدى
عليه مرخص في الاعتداء بمثل ما اعتدى عليه ان شاء واين هذا من اثبات وجوب
دفع البدل على المعتدي بل نقول انه لو كان الاعتداء بالمثل واجبا على المعتدى عليه
لم يستلزم وجوب الدفع على المعتدي بنفسه حتى يكون ذلك من وظيفته في صورة
جهل المعتدى عليه بفقد اللهم الا ان يدعى الملازمة عرفا بين ترخيص المعتدى عليه
في الاعتداء بالمثل وبين ضمان المعتدي ووجوب دفع البدل عليه وهي ممنوعة
واما الثالث فيجيء الكلام عليه عند تعرض المصنف له في مسألة الخلاف المحكي
عن ظاهر الاسكافي قال في الجواهر انه قال ان تلف المضمون ضمن قيمته او مثله ان رضي
صاحبه انتهى وظاهره انه يضمن القيمة ابتداء ثم انه يجوز له اعطاء المثل ان رضي
صاحبه بذلك والتضمين مطلق شامل للمثلي والقيمي لكن قال صاحب الجواهر لعله
يريد القيمي فيكون مثله انه ما يتساوى اجزاؤه من حيث القيمة قال الشيخ في ط فالمثل
ما تساوت اجزاؤه ومعناه ما تساوت قيمة اجزائه فكل هذا له مثل كالحبوب والادهان
والتمور والاقطان والخلول التي لا ماء فيها والاثمان ونحو هذا كله له مثل فاذا
غصب غاصب من هذا شيئا فان كان قائما رده وان كان تالفا فعليه مثله انتهى
والمراد باجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة اشار بهذا التفسير الى دفع ما اورد على
التعريف المذكور من ان من جملة المثلي لا ظهر افراده عندهم الحنطة والشعير ونحوهما
ولا ريب ان كلا منهما مشتمل على حبات مشتملة على قشور ولب فاجزاء الصبرة الخاصة
مثلا على قسمين قشور ولب ومعلوم ان هذين الجزئين ليسا متساويين من
حيث القيمة ووجه الدفع ان المراد باجزاء الحنطة مثلا هي الاجزاء التي يصدق
عليها الحقيقة فيقال عليها انها حنطة مثلا وليست الا الحبة المشتملة على
الحبات المشتملة على القشور واللب فتخرج الاجزاء التي لا يصدق عليها اسم الحقيقة

الخ

التي هي الحنطة اعني القشور وحدها واللب وحدها هذا ولكن يبقى بعد في المقام ما
انه اورد المحقق الثاني رحمه الله على التعريف المذكور بعدم جامعيته فقال بعد
ما نقله عن الشيخ رحمه الله بقوله وهو ما تساوى قيمة اجزائه كالحنطة والشعير وغيرهما
من الحبوب والادهان وما اشبه ذلك ما نصه وينتقض بالثوب ونحوه فان قيمة اجزائه
متساوية وليس بمثلي هذا والمحقق المذكور وان تصدى لدفع النقض بعد ذكر
جملة من الكلام بقوله والظاهر ان المراد من هذا ضبط المثلي بحيث يتميز فضل تميز
لا التعريف الحقيقي او يكون قوله كالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والادهان
داخلا في التعريف فيكون المثلي في هذه الامثلة انتهى الا ان المحقق الاردبيلي رحمه الله اورد
عليه بقوله ويمكن ان يقال ان هذا لا ينفع اذ الغرض من فصل التميز معرفة المثلي
ليحكم عليه بالحكم المخصوص به فان حصل التميز التام بحيث امكن الحكم فهو
المطلوب ويصلح التعريف لدفع النقض والا فما حصل المطلوب ويبقى مجهولا
غير متميز وان تميز في الجملة وذلك غير كاف هنا وايضا ان اخذ الحنطة الى اخرها في
التعريف لا ينفع لانه ان اقتصر على ذلك المذكور فحفظ كما هو ظاهر كلام المحقق الثاني
ففيه انه غير جامع لخروج كثير من المعرف مثل الادهان والعقار والدبس والماء وغيرها على انه لا
في عبارة التعريف فيحتمل ما قال وما اشبه ذلك وان اراد اشباهها كلا فما حصل
التميز التام اذ يمكن ان يقال الثوب من ذلك والارض كذلك او ليس الا الحنطة والدبس
والماء كذلك وكذا ان لم يرد الحصر في ذلك وان اراد ان الغرض الايكشاف لا التعريف
الجامع المانع ويتحقق الامثلة يحصل الكشف فهو صحيح ولكنه خلاف الظاهر مع انه
يرد عليه ما تقدم على قوله ان المراد ضبطه ما ذكره قبل ذلك بقوله ان هذا الامر
الذي هو محل الكلام كثير الدور لا بد من اخذه من ماخذ يكون حجة من كتاب وسنة
واجماع وعقل وليس بظاهر انتهى ويمكن دفع الجميع اما الاول فلان المراد

ان المقصود عند الفقهاء واضح الا انهم لم يراعوا كون التعريف جامعا مانعا لاكتفائهم بحصول
فضل تمييز لان غايتها هناك انه اتجه عليه نقض واحد وهو خروج الثياب فيمكن ان يقال
ان المثلي ما تساوت قيمة اجزائه مما عدا الثياب فيفيد ما هو مقصودهم من التعريف
ولعلهم لكون المثلي معلوما عندهم واضحا لديهم لم يمكنه في ايراد النقض دعوى ان الثياب
قيمية وليست بمثلية واما الثاني فلانه يفهم مما ذكره الشيخ من الامثلة وهي الحبوب
والادهان والتمر والاقط والخل التي لاماء فيها والاثمان مع تعقيبها بقوله ونحوها
ان الالبان والدبس والماء داخلة في المثلي ولا مجال لاحتمال ان هذه الثلاثة مثلا ليس من
هنا بينا ما ذكره من الامثلة واما الثالث فلان الموضوع الذي هو المثلي والقيمي مما اخذ
في معقد اجماعهم وقد عرفت انه امر واضح لديهم اذ لا يعقل اجماعهم على حكم موضوع لم يعرفوه
غاية ما في الباب انهم في مقام التعريف عرفوه بلازمه زعما منهم ان كون الشيء مما تتساوى
قيمة اجزائه لازم لكونه مثليا الثاني انه يرد على التعريف المذكور انه لو مزج من
من الحنطة الجيدة مثل من الحنطة الرديئة مع وجود التفاوت بينهما في القيمة فانه لا يصدق
على المجتمع منهما انه ما تساوى قيمة اجزائه التي يصدق عليها اسم الحقيقة مع كونه مثليا
الثالث انهم عرفوا القيمي بما لا تساوى اجزاؤه وليس الاجزاء فيه عبارة عن التي يصدق
عليها اسم الحقيقة وهو واضح وعلى هذا فما ذكره المقررة من كون المراد بالاجزاء في
تعريف المثلي عبارة عن الاجزاء التي يصدق عليها اسم الحقيقة يوجب التفكيك في لفظ
الاجزاء بالنسبة الى التعريفين الرابع انه قد توهم من عبارة المقررة انه مراده ان
الجماعة ارادوا بالاجزاء في التعريف الجزئيات وان محصل التعريف ان المثلي عبارة
عن كلي تساوى جزئياته بحسب القيمة ويظهر اندفاعه مما ذكرناه في تقرير الدفع تفسيرا
للكلام وقلنا مقتضى ذلك ان يكون هناك اجزاء يصدق عليها اسم الحقيقة فيعتبر
هناك امران ولا يكفي احدهما ولم يقع في عبارة المقررة الا ان المراد باجزائه ما يصدق

عليه

عليه اسم الحقيقة وهو لا يقتضي كون المراد بلفظ الاجزاء هي الجزئيات لما عرفت من البيان
كيف لا وشانهم اجل من ان لا يفرقوا بين الاجزاء والجزئيات فيستعملوا احدهما مكان الاخر
وذلك من قبيل الامور المطروحة في الطريق يعرفه المبتدئون في التعلم كما ان ما في المقررة من
ان مجمل كلامهم على ذلك فتدبر فيه كما فيه قلت وهذا يوجب ان لا يكون الدرهم الواحد مثليا اذ
لو انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع اقول يمكن دفعه بان المراد التساوي
بنقص قيمة الاجزاء المنفصلة نقص قيمة بعضها عن بعض وهذا فرض الكلام في المصوغ
المغشوش لا نقص نفس الجزء بعد الانفصال عما كان يساويه من القيمة قبله والا فما من مثلي الا
ينقص قيمة جزئه بعد الانفصال عن قيمته التي كانت قبله وذلك لان مراده بالمصوغ من
النقدين هو المصوغ منهما بعد ذاتهما ومزجهما وصوغه منهما فاذا فرض انفصال
الفضة التي هي احد الجزئين وقيمتها ناقصة عن قيمة الذهب الذي هو الجزء الاخر فليس
اجزاؤه متساويين من جهة القيمة ومعلوم ان هذا النوع من النقص لا يجري في الدرهم
المنكسر نصفين لان اجزائه الجوهرية من صنف واحد فما يرد ما قيل من انه ٢ الاورد بلى تم
ان اريد التساوي بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف اه ما اورده المحقق
في شرح الارشاد قال ره انه ان اريد التساوي بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف
اذ ما من مثلي الا واجزاؤه مختلفة في القيمة في الجملة مثل الحنطة والشعير وجميع ما قيل
انه مثلي فان حنطة تفاوتها يساوي عشرين والاخر عشر شاميات وبالجملة التفاوت معلوم وان
اريد التساوي في الجملة فهو في القيمي ايضا موجود مثل الارض ونحوها وان اريد مقدار خاص
فهو حوالة الى المجهول انتهى والمقررة نقل العبارة على غير وجهها والداعي الى ذلك قصد
التلخيص والاختلال في النسخة التي حضرته فوكس وقد لاح هذا الايراد في اخر كلامه في
دفع ايراده بما ذكرناه من ان كون الحنطة مثلية معناه ان كل صنف منه متماثل الاجزاء
ليس في كلامه ما يلوح منه ما استفاده المقررة سوى انه قال وبالجملة تحقيق المثلي اه

من احكام كثيرة والذي تقتضيه القواعد انه لقطعية علم احكامها بالاجماع وكانه بالكتاب ايضا مثل
ما تقدم والسنة ايضا ولم تفسير في الشرع بل جاء ذكره في اصطلاح الفقهاء ولذا وقع فيه الخلاف فيحمل
انه يحال الى العرف اذ الظاهر انه ليس بعينه مرادا فان المثل هو المشابه والمساواة في الجملة
وهو موجود بين كل شيئين كما صرح في مسئلة لا يستوي وقالوا المراد المساواة بحسب التعارف
لا من كل وجه ولا من جميع الوجوه فان الاول موجود والثاني موقوف على التحاكم فكل
شيء يكون له مثل في العرف ويقال له ان هذا له مثل عرفا فيؤخذ ذلك في تعذر المثل اي
لم يمكن اصلا في القيمة للتعذر ويؤيده انه على تقدير ثبوت كون التالف مثليا امثل الحنطة
لا يحكم بالحنطة بل مثلها التالف عرفا وقيمة مثل سن الجمل بمثله من الجمل والا على مثله الا باحسن
وكذا في غيره فيمكن ارادة ذلك مع المساواة في القيم فاذا كان ثوب مثل ثوب لحجر في اللون
والقماش وبقيمته يكون ذلك المثل وكذا الفرس العتيق خاص بحت خاص وقيمة متعينة
يكون مثلها عليها وهكذا وعليه يحمل ما في الكتاب والسنة والاجماع انتهى وكذلك جبرانات
المستفاد منه مراعاة مماثلة الشخص وذلك مضافا على ما استفاده المصنف من كون الموضوع
مماثلا للتالف في الصنف كما لا يخفى على التامل كل شيء الظاهر في ذلك وقوله سن الجمل بمثله مع
كون صنف الجمل ليس الا من القيميات عندهم وكذا الفرس العتيق فتدبر [illegible] لكن الانصاف
ان هذا خلاف الظاهر كما تم فانهم يطلقون المثلي على جنس الحنطة والشعير ونحوهما مع عدم
صدق التعريف عليه بمعنى على الجنس بناء على ارادة تماثل الاجزاء الصنف [illegible] الوجوه
ان لفظ ما في التعريف عبارة عما هو اعم من النوع والصنف بل الشخص وتحقيق ذلك ان
التعريف انما هو بالمهية للمهية لكن الغرض منه جعله آلة لمعرفة حال المصاديق من
جهة انطباقه عليها فالتعريف للمثلي على وجه كلي ليعرف حال مصاديقه ولفظ ما اريد بها
كل تحته صنفا بل اصناف ثلثة اي النوع والصنف والشخص ليعرف حال مصاديقها فالمراد
ان كل نوع او صنف اذا وجد في الخارج كان تساوي اجزائه الخارجية متساوية القيمة لو لم يطرء اصل

عارض

عارض بعد الوجود كمزج الجيد بالرديء من الحبوب مثلا او قبل الوجود كما في الحاصل من زرع
المخلوط حبه جيد برديه فهو مثلي بل نقول انه ان وجد منهما فرد واحد ولم يوجد لهما فرد
اخر حتى يكون مماثلا له كالذي قيل الذي عمله بعض الحكماء لسلطان روسيا وطلب بنادق
عسكره عند المقاتلة مع سلطان الفرانسة فحصل له الغلبة عليه بذلك حيث احترق منه
عسكره وهلكت من اخبث جنوده في ستة الف ومائتين وسبعين وسبعين [illegible] لكونه مثليا لمساواة
قيمة اجزائه غاية ما في الباب انه حيث لم يوجد له مماثل يكون مما تعذر مثله فيجري عليه حكمه
عنوان م وذلك لا يخرج الموضوع عن كونه مثليا ومن هنا يعلم ان توهم كون العطر ليس من قبيل
المثلي نظرا الى ان ما يتخذ منه من مادة متحدة بحسب النوع كالورد والصندل ونحوهما
بعد وجوده في بعض متساوي منه من جهة اختلاف افراد اصل كمادة بحسب قوة الرائحة
وضعفها وفخم الجرم وضعفه وكيفية انقياد النار تحته ونحو ذلك كماء الورد الذي يختلف
افراده بما عرفت من اسباب الاختلاف وغيرها ليس في محله لان ما وجد منه فما في
الاجزاء الذي [illegible] التعريف وصدق عليه انه مثلي وعدم وجود المماثل في الخارج لا يخرجه عن
كونه مثليا فان وجد له مماثل مساو له جاز دفعه والا انتقل الى القيمة كما هو الشأن في كل مثلي تعذر
مثله وكذا الحال في الفرد الذي اذا وجد تساوت اجزاؤه فهو ليس ما ذكرناه من جهة اختلاف
الوجود في نظم الكلام حتى يقال انه مخالف للاصل والظاهر بل ذلك يفهم من نظمه بالنظر
الى كون الوصف الذي ذكرناه له وهو كونه متساوي الاجزاء بحسب القيمة من قبيل ما يثبت
له في الوجود الخارجي كما لو قلنا ان السكر حلو فانه حققنا في محله ان الوصف والحكم
كما قد يثبتان للموضوعات بحسب الوجود الذهني في بعض الاحيان كما في قولنا الانسان كلي
حتى م كذلك قد يثبتان لها بحسب الوجود الخارجي في بعض الاوقات وتساوي الاجزاء من
هذا القبيل فتحصل من ذلك ان المثلي يكون وصفا للنوع والصنف والفرد لكن باعتبار
وجودها الخارجي وان شئت قلت ان المثلي وصف للفرد الذي هو الموجود الخارجي

وذلك لان النوع والصنف باعتبار الوجود الى الفرد الذى هو الموجود الخارجى فلو كان المراد
بالتعريف ان المثلى هو الموجود الخارجى الذى تتساوى اجزاؤه بحسب القيمة لم يفهم المناسب
من لفظ التعريف وقد عرفت ان المثل الذى هو عبارة عما من شانه ان يكون له مثل يعمل التعريف
نظرا منهم الى ان ذلك لازم كون الشيء مما له مثل بحيث لا ينفك عنه هذا ولكن لا يخفى عليك
ان هذا بحسب مقتضى ظاهر اللفظ وان الذى يقتضيه التدبر فى كلماتهم هو ان يقال
ان المثلى عندهم وصف للنوع دون الصنف والفرد وذلك لانه لازم كونه وصفا لهما هو انه لو
اتفق فى صنف او فرد من النوع الذى هو قيمى مختلف الاجزاء بحسب القيمة كونه متساوى
الاجزاء بحسبها لكان ذلك الصنف او الفرد بخصوصه مثليا مضمونا بالمثل فلو كان
صنفا من الاراضى متساوى الاجزاء بحسبها من جهة اوصافها كالقوة فى نبتها للزرع وتساوى
اجزائها فى الاشتمال على الملوحة وعدمها للازم جاء ان يحكم على ذلك الصنف بانه مثلى وجدنا
منهم خلاف ذلك فقد عد العلامة ره فى التذكرة فى ذيل تعريف المثلى الاراضى من غير المثلى
نقول منهم قال ره وغير المثلى ما لا يتساوى اجزاؤه كالحيوان والاراضى والاشجار وغير ذلك
انتهى وكذا لو كان اتفق فرد من الثوب متساوى الاجزاء بحسب القيمة من جهة تساوى
نوع القطن والحرير او الصوف المتخذ منه الاجزاء ومن جهة تساوى كيفية الغزل
والنسج ونحو ذلك فاللازم ان يحكموا على ذلك الفرد بكونه مثليا وبضمانه بمثله وقد صرح
الشيخ ره فى ط بكون الثياب من القيمى بقول مطلق فقال ره فان غصب مالا مثل له وهو
ما لا يتساوى اجزاؤه اى لا يتساوى قيمة اجزائه فلا يخ من احد امرين اما ان يكون من جنس
الاثمان او من غير جنسها فان كان من غير جنسها كالثياب والخشب والحديد والرصاص
والنحاس والعقار ونحو ذلك من الاوانى كالصحاف وغيرها فلا يخلو اما ان يكون مضمون
بالقيمة انتهى بل عد الاوانى والعقار من الامثلة التى ذكرها للقيمى مع انه مما يتحقق فيه صنف
او فرد متساوى الاجزاء قيمة ومع ذلك جعلها من قبيل القيمى الغير المتساوى الاجزاء

فتعريف

فتعريف المثلى ما ضبط على وجه الغلبة يعنى ان كل نوع وعنوان من العناوين المتعنونة بنفسها
كان متساوى الاجزاء غالبا عند وجوده فى الخارج فهو مثلى وتعريف القيمى ناظر الى نفى
ذلك يعنى ان كل نوع لم يكن تساوى اجزائه عند وجوده فى الخارج غالبيا فهو قيمى
ان الموصوف بالمثلية والقيمية انما هو النوع لكن بحسب وجوده الخارجى واستفدنا
اعتبار النظر الى الغالب من الجمع بين مقتضى التعريفين للمثلى والقيمى وانهم جعلوا من جملة
القيمى ما قد يتفق فيه تساوى الاجزاء فتحصل مما ذكرنا ان المراد هو كون النوع مما له مثل
دون الصنف والفرد لما عرفت لكن بحسب الوجود الخارجى يعنى ان كل نوع اذا وجد فى
الخارج فى ضمن فرد لكانت اجزاؤه متساوية فى القيمة بحسب الغالب كان مثليا فيخرج
ما لا يغلب فيه تساوى الاجزاء كالاراضى والثياب ومرادنا بالنوع ما هو عنوان
من العناوين المتعارفة كالحنطة والارز والدهن ونحو ذلك من العناوين ولذا نبه
تعبير المص ره بالجنس ولا يقدح فى ذلك ان كلا منها مشتمل على اصناف متفاوتة القيمة
اذا غصب فرد من صنف كان اللازم دفع ما هو من افراد ذلك الصنف فذلك مما يدل
عليه لفظ المثل الذى هو من متعلقات الحكم فى قولهم كل ما هو مثلى يضمن بمثله وقد اشار
الى بعض ما ذكرناه فى الجواهر حيث قال ولعل المراد ما ذكرنا وعدم تساوى قيمة اجزاء الصنف من
النوع فضلا عن الاشخاص من الصنف بل يكفى ان يكون ذلك التساوى من حيث الذات لا الاتفاق
وح فالمن من شخص الحنطة الخاصة مثلا والدهن الخاص مثلا قيمة اجزائه متساوية ضرورة
كون الرطل بدرهم مع فرض كون المن بدرهم مثلا وهكذا ولا يرد النقض بالثوب
والارض الذى يمكن دفعه بعدم غلبة ذلك فيهما او فرض بعض افرادها كالمناسب
المطرد قواعد الشرع انتهى ما اهمنا ذكره من كلامه ره ويستفاد من المحقق الاردبيلى ره فى
الحص ره انهما فهما من التعريف المذكور كون المثلى عندهم وصفا للنوع بمعنى اخص مما
ذكرنا وهو ان يكون تساوى الاجزاء بحسب القيمة وصفا للنوع باعتبار انه كلما وجد

خارج منه جزئي من وصف الحنطة بالمثلية مثلا انما هي باعتبار ان لها اجزاء مثل صبرة زيد وصبرة
عمرو وصبرة بكر وهكذا فالصبرة جزء لهذا الجنس المركب وانها متساوية بحسب القيمة ولهذا
قال المحقق الثاني ره في حل عبارته التي حكيناها عنه في مقام الاستشكال في التعريف فان
حنطة قفيزها يساوي عشرين والاخرى عشرا شاميات فان كون قفيز من حنطة يساوي عشرين
وكون قفيز من الاخرى يساوي عشرا لا ينافي الاطراد به على تساوي اجزاء شخص واحد من
صنف مثلا بحسب القيمة وقال المصنف ره فيما سياتي عن قريب مضافا الى انه يبطل اطراد
التعريف بناء على هذا بانه لا ريب في تساوي الاجزاء من صنف واحد من حيث القيمة
تساويا حقيقيا فقلما يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع لان اشخاص ذلك
الصنف لا تكاد تتساوى في القيمة لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة ونقصانها
كما لا يخفى وان اريد تقارب اجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة وان لم تتساو حقيقة
تحقق ذلك في اكثر القيميات فان لنوع الجارية اصنافا متقاربة في الصفات الموجبة لتساوي
القيمة هذا وذلك لان عدم تساوي اشخاص الصنف لا يرد نقضا على اعتبار تساوي
اجزاء الشخص الموجود الخارجي من النوع بحسب القيمة لان كل شخص من الصنف موجود
خارجي من النوع لانه اجزاء منه وكذا في نوع الجارية فان تقارب اصنافه في الصفات
لا يرد نقضا على اعتبار تساوي اجزاء الشخص الخارجي وانما يرد نقضا لو كانت اجزاء
جارية خاصة متساوية في القيمة فافهم ولا يخفى عليك بعد ما ذكرناه من تسليم ان
مقتضى ظاهر لفظ التعريف المذكور كون الاقمشة الانكليزية والافرنجية مثلية دون
الكتب المطبوعة لتساوي اجزاء الاولى التي يصدق عليها اسم الحقيقة في القيمة
دون الثانية ضرورة صدق اسم الكرباس مثلا على ذراع من الطول كصدقه على تمامه ومع
ذلك اجزاؤه متساوية في القيمة فان كل ذراع منه فرض كان مساويا للاخر في القيمة
لان الغالب مساواة نفس كل طول وطاقة فرض للاخر في المقدار والاوصاف بخلاف

كتاب

كتاب الروضة المطبوعة مثلا فانه لا يصدق على جزء منه كتاب الروضة فعلى هذا لا يصدق
على شخص من مطبوع مخصوص في الصنف ما ذكر من التعريف هذا وللمحقق الاردبيلي ره
في معيار تمييز المثلي عن القيمي مسلك آخر وهو الرجوع في المماثلة الى العرف وظاهره بل صريحه
ان كل شيء شخص له مماثل عرفا فهو مثلي لما تقدم الاشارة اليه في ذيل الكلام المتقدم نقله
المصدر بقوله وبالجملة تحقيقه مشكل جدا وهو مبنى احكام كثيرة والذي تقتضيه القواعد
انه لفظ بني عليه احكام بالاجماع فانك قد عرفت انه ره قال في ذيل ذلك الكلام فكل
شيء يكون له مثل في العرف ويقال له ان هذا له مثل عرفا فيجب ذلك فان تعذر
المثل اي لم يكن احصل الى القيمة للتعذر ويؤيده انه على تقدير ثبوت كون المتلف مثليا
مثل الحنطة لا يوجد بها كل حنطة بل مثل ما تلف عرفا وقيمة مثل سن الجمل عشرة من الجمل
والاعلى عشرة لا باعلى وكذا في غيره فيمكن ارادة ذلك مع المساواة في القيمة فاذا كان ثوب مثل
ثوب آخر في اللون والكمالات وقيمته يكون ذلك المثل وكذا الفرس العتيق مثل عتيق خاص
وقيمة متعينة يكون مثلها عتيقها وهكذا وعليه يحمل ما في الكتاب والسنة
والاجماع انتهى ومعلوم ان قوله كل شيء ظاهر في الاشياء الشخصية وان الجمل والفرس العتيق
من قبيل القيمي عندهم بحسب النوع وقد حكم بانه اذا وجد للمتلف منهما ما يساويه في
اخص الاوصاف وفي القيمة كان هو المثل يلزم دفعه فحاصل ذلك الرجوع
الى العرف في مماثلة الاشخاص واعترض عليه في الجواهر بعد نقل حاصل ما ذكره
من كلامه ره بان ذلك كله كما ترى مخالف للاجماع نفسه بل وكما هو كالضروري الفقه
بين والخاصة ثم اختار ره هو مسلكا ثالثا وهو ان معيار كون الشيء مثليا وهو ان يكون
له مماثل في غالب ماله مدخل في ماليته ذلك الشيء وحمل التعريف السابق وغيره من
التعريفات عليه فقال ره بعد هذا الاعتراض ما لفظه فيمكن ان يقال بملاحظة ذلك
بنفي الاجماع وملاحظة الامر بالقيمة في الحيوانات والمنافع والسفرة الملتقطة في الفلاة

وكان نحيفا ضعيفا ولحم وغيرهما وغير ذلك مما يوجد فيه الامر بالقيمة ولا مثال عرفيته انه ما يراد
المثل العرفي بل هو شيء فوق ذلك وهو المماثلة في غالب حالاته من خليقة وحالية الى غير ذلك لا المماثلة
من كل وجه المتعذرة ولا مطلق المثل العرفي الذي يطلق مع وجود الشبه في الجملة و
هذا لا يكون الا في الاشياء المتساوية المتقاربة في الصفات والمنافع والمعلوم ظاهرها و
باطنها ومن هنا كان الحيوان قيميا باعتبار انه وان وجد له مثل عرفا لكن لم يعلم باطنه
المختلف اشد اختلاف وكذا الثوب بل والارض التي فيها قطع متفاوتة في المنافع
المختلفة لا الاختلاف في باعتبار الاستيفاء وفرض وجود المثل المنطبق على المعنى المصطلح
في بعض الافراد لا ينافي اطراد قواعد الشرع ولذا كان المدار على النوع بل الصنف فالاولى
ومن ذلك يتضح لك المراد في تعريف المشهور كما في ذلك وغيرها للمثلي بانه هو ما يتساوى
قيمة اجزائه وزاد بعضهم التمثيل بالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والادهان
وما اشبه ذلك الى ان قال فقد عرفت ان المراد بالمساواة في غالب حالاته من خليقة في
المالية ونفاق افراد الحنطة وان كان معلوما الا انك قد عرفت المساواة في اشخاص
الاصناف ولا يكفي الاتحاد في اسم النوع المنافي لقاعدة لا ضرر ولا ضرار ولغيرها
ولعله اشار الى ما ذكرنا الشهيد ره في تعريفه المثلي بانه المتساوي الاجزاء والمنفعة
المتقارب الصفات بل هو في الحقيقة كشف للتعريف المشهور لا انه تعريف آخر وان
توهمه غير واحد بل لعله المراد من تعريفه له في غاية المراد بانه ما تتساوى اجزاؤه
في الحقيقة النوعية على معنى ارادة التساوي المزبور لا ان المراد به الاتحاد في الاسم
القليل والكثير منه كالماء والحنطة لكي يرد عليه الانتقاض بالارض واليه يرجع ما في
التذكرة من بعض من انه ما لا تختلف اجزاء النوع الواحد منه في القيمة وربما قال في
الجرم والقيمة ويقرب منه قول من قال انه الذي يتشابه اجزاؤه في الخلقة ومعظم المنافع
او ما تتساوى اجزاؤه في المنفعة والقيمة وزاد بعض من حيث الذات لا من حيث

الصفة

الصفة بل لعل المراد ايضا من تعريفه بالمقدر بالكيل والوزن على معنى علته التساوي في
اجزائها على الوجه المزبور في كثير من افرادها المتعارفة فلا يرد النقض بالمعجونات
ومن هنا يعرف ما في اشتراط جواز السلم فيه او اشتراط جواز بيع بعضها ببعض لتشابه
الاصلين في قضية التقابل فلا يرد ما في ... من انه اعترض على العبارات الثلاث بان
القماقم والملاعق المتخذة من الصفر موزونة ويجوز السلم فيها وبيع بعضها ببعض
وليست مثلية مضافا الى ما اورد هو عليه بمنع جواز السلم فيها لاختلافها وعسر
ضبطها والى ما ذكرناه سابقا من ان المراد التساوي عند ... اتفاقا لصنع صانع ونحو
بل لا يرد عليه ما قيل من اقتضائه كون الشيء مثليا في بلد قيميا في اخرى لمكان اختلافهما
في الكيل والوزن وعدمهما اذ قد عرفت ان المراد به المتعارف في الغالب باعتبار
كشفه عن تساوي اجزائه لا ان المراد مثلية من حيث الكيل والوزن المختلفين
باختلاف البلدان وبالجملة فالمراد من التعاريف واحد وهو التساوي الذاتي في غالب
حالاته من خليقة في الرغبة والقيمة وان يكون ذلك غالبا في افراد الاصناف فلا اتفاق
بل لعل المراد ايضا مما في الارشاد وشرحه الاسعاد لبعض الشافعية من تعريفه بانه
ما امكن ضبطه بكيل او وزن وجاز السلم فيه بل لعله المراد ايضا مما حكي في الرياض عن خاله
من الايراد على التعريف المشهور حتمية
في دفع ما سمعته من المقدس الاردبيلي ره من انه لعل المراد التقارب المعتد به عند اهل
العرف اي ما يكون متساوي الاجزاء بحيث يكون مثليا وغير المتساوي كذلك غير مثلي
وايضا المثلي ما تعارف تحقق المثل له بحيث يساويه ويماثله في الطبيعة والمميز النوعي
والصنفي وهو اقرب اليه من كل جنس وان كان مثل الدرهم والدينار انتهى واختار
هذا المسلك ايضا ما افاده صاحب الجواهر ره هو معيار المثلي والقيمي وتطبيق تعريف
المشهور عليه ورد سائر التعاريف اليه بعض من ناحية ثم فرع على ذلك انضمام الحال
في موارد الحال في مثل الرطب والذهب والفضة الغير المسكوكين والارض فقال ان المخرج على

(اقول) ... ما ذكره ... العرف ... الاردبيلي (ره) ... فلا يخفى ... التفصيل ... النوع ... الصنف [illegible]

ذلك كونه الاخس قيمياً وكونها علاه مما ذكر مثلياً وانه ان فرض بقاء الشيء في بعض الموارد الممكن
الرجوع الى انه الاعتدال فحكم بكونه مثلياً بتقريب ان مقتضاها اثبات الرجوع الى المثل
في جميع المتلفات سواء كانت مثلية ام قيمية الا انه خرج عن تحتها ما كان من قبيل العبد والامة
والبغل ونحوها بالتقريب الذي يأتي في استفادة خروجها عن تحتها من الاخبار
ومقتضاه انه وان كان ثبوت الضمان بالمثل العرفي الذي هو المماثل للشيء في الاوصاف
والخواص والمالية والقيمة فيما هو مثلي عند الفقهاء ودون المثل الاصطلاحي الا انه
قد يثبت الضمان بالمثل الاصطلاحي بحكم الاجماع على ثبوته فيه فلا يلزم بانه احد في اطلاق
الاية بحكم الشارع وتنزيله منزلة المثل العرفي وبحكم في كل مورد شك في كونه من
قبيل القيمي المخرج عن تحتها بحكم الاجماع والاخبار او من قبيل المثلي المندرج تحتها
بحكم الشارع بالمثل العرفي لما عرفت من البيان واوّل تحقيق المقام ان ما ذكره المحقق
الاردبيلي رحمه الله مما انفرد به ولا يوافقه كلام احد من الفقهاء ولا من المتأخرين ولهذا
اورد عليه صاحب الجواهر بانه مخالف للاجماع بل كاد هو كضروري الفقه
اما عدم موافقة كلمات الفقهاء فلانهم اختلفوا في معقد الاجماع لفظ المثلي وهو
باعتبار ياء النسبة يدل على انتسابه الى المثل واختصاصه به في مقابل القيمي الذي
قد يتفق له مثل فظاهر لفظ المثلي على هذا هو كونه بنوعه او صنفه مما له مماثل وان
الفرد الذي اتفق له مماثل كالحمل الشاه الفريد لا يقال عليه انه مثلي بهذا المعنى واما عدم
موافقته لكلمات المتأخرين فلما عرفت من كونه كلما تم [illegible] او ظاهر في كون المثلي
عبارة عن النوع او الصنف مثل ما في غاية المراد من انه ما تساوت اجزاؤه في الحقيقة
النوعية مضافا الى ان اللازم مما ذكره هو انه ان وجد لفرد من القيمي مماثل وفرض
وجوده في مثل الاراضي او الحيوان كان الحكم هو دفع المثل [illegible] ولم يقل به احد وهو الذي
اشار اليه صاحب الجواهر من كونه مخالفا للاجماع وما هو كضروري الفقه فالحق

انما هو

انما هو اعتبار الصنف والنوع واستفيد ذلك من حديث السفرة الملتقطة التي فيها
لحم وبيض فيدخل كتاب اللقطة من الوسائل عن محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن
ابيه عن النوفلي عن السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت
في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين فقال امير المؤمنين عليه السلام
يقوم ما فيها ثم يؤكل لانه يفسد وليس له بقاء فان جاء طالبها غرموا له الثمن فقيل
يا امير المؤمنين لا يدري سفرة مسلم او سفرة مجوسي فقال عليه السلام هم في سعة حتى يعلموا
حيث حكم عليه السلام بالقيمة من دون استفصال مع انه لو كان الحكم بالمثل منوطا بالفرد الموجود
في الخارج كان اللازم ان يستفصل بفصله عليه السلام بين ما لو وجد له مثل وغيره لامكان
تحصيل مماثل لتلك الفرد وان لم يكن نوعها وصنفه مثليا وكذا ما في مرسل الفقيه
فان وجدت طعاما في مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله فان جاء صاحبه فرد
عليه القيمة وجه الدلالة انه عليه السلام حكم في الطعام بالقيمة لكون نوعه ليس من ذوات
الامثال وان كان قد يتفق لفرد منه مثل فنعلم ان المدار على النوع او الصنف واما
الاستدلال بصحيحة ابي ولاد حيث حكم فيها بلزوم قيمة البغل فلا ينطبق على ما نحن
بصدده لان للقائل ان يقول ان حكمه عليه السلام بالقيمة مبني على انه لا يوجد للبغل مماثل
اذ لا اقل من اختلاف قواه الباطنية الموجبة لاختلاف الاعمار وذلك امر لا يتيسر
العلم به واما ما ذكره صاحب الجواهر فيتجه عليه اولا ان اعتبار المماثلة في غالب ما له
مدخلية في مالية الشيء يرد الى المجهول والظاهر ان الحامل له على ذلك هو تعذر
المماثلة من كل وجه وان اعتبار المماثلة في الجملة يوجب دخول اكثر القيميات بل كلها
كما يدل على ذلك قوله لا المماثلة من كل وجه المتعذرة ولا مطلق المثل العرفي
الذي يطلق مع وجود الشبه في الجملة ومن البين ان انتفاء الامرين لا يوجب
تعيين ما بنى عليه من المماثلة في غالب ما له مدخلية في مالية الشيء لوجود امر آخر وهو

المماثلة في جميع ما له مدخل في مالية الشيء وهو غير متعذر بالضرورة وتعذر المماثلة من كل
وجه الشاملة لما له مدخل في المالية وما ليس له لا يقتضي تعذر المماثلة في جميع ما له مدخل
في مالية الشيء الذي هو اخص منها ولو قال في غالب الاوصاف وفسر بجميع ما له مدخل
في ماليته لكان صحيحا وثانيا ان ذلك مما لا وجه له لان اعتبار المماثلة في غالب ما له
مدخل في ماليته ليس معناه الا ان تخلف بعض الاوصاف التي لها مدخل في المالية
غير قادح في تحقق المثلية وحكمها الذي هو دفع مثلها ولازم ذلك انه اذا اتلف
الغاصب مال المغصوب منه جاز دفع ما ينقص عن التالف ببعض الاوصاف
المالية وذلك لا وجه له من جهة تفويت شيء من المالية عنه وثالثا ان ما ذكره
في تقريب مدعاه ودفع ما افاده المحقق المذكور من قوله وفرض وجود
المثل المنطبق على المعنى المصطلح في بعض الافراد ولا يوافق اطراد قواعد الشرع
فلذا كان المدار على النوع بل الصنف غير صحيح ضرورة ان القاعدة عبارة عن
قضية كلية يتعرف منها احكام جزئيات موضوعها وانتقاضها عبارة عن
تخلف بعض الافراد فيما نحن فيه لو قلنا بان الشارع قد حكم على كل موجود
خارجي متشخص بانه اذا اتلفه الغاصب وجب عليه دفع مثله سواء كان مما له مثل
بحسب النوع او الصنف ام لا والتزمنا بان الجمل او الثوب او الفرس المتشخصات
المتلفات مثلا تضمن بامثالها لما لزم للمحقق المذكور تحقق هنالك قاعدة
مطردة غير منتقضة وهو واضح لعدم خروج شيء من افراد الموضوع عن الحكم و
اطراد قواعد الشرع ليس الا عبارة عن عدم تخلف الحكم عن بعض افراد ما اخذه
الشارع موضوعا في القضية وان اريد مثل ما قيل في حكم غسل يوم الجمعة من ان
الشارع جرى على عدم ادارة الحكم مدار الحكمة فذلك غير مرتبط بالمقام لان
ذلك بيان لما وقع وعلم من الشارع عموم الحكم وخصوص الحكمة وليس مما يصلح للتاسيس

تعميم

تعميم حكم غير معلوم الكيفية وان اريد معنى غير ما ذكرنا فهو غير مسلم فافهم فالوجه ان يقال ان
عبارة عما له مشابه يندرج معه تحت نوع او صنف مع كون المشابهة في جميع ما له مدخل
في مالية الشيء ويدخل فيه الادهان والحبوب واصناف الرطب والتمر والعنب والخوخ
والمشمش والاجاص وامثال ذلك دون مثل البطيخ والرمان والنارنج والليمون لغلبة
الاختلاف في القطر وغيره مما يختلف باختلافه الرغبة وكذا يدخل اصناف القطن فيما يتفق
وما كان من قبيل المصنوع والدهن المتخذ من مادة متحدة بالصنف كماء الورد والعطر
المتخذ منه او من الصندل او غيرهما وكذا ما كان من قبيل الدهن المتخذ من مادة بسيطة
الحركة وان كان المتخذ عالم يوجد له مثل في الدنيا الا انه بصنفه قابل للوجود وكذا ما كان
من الاقمشة الا في خياطة المتحدة في الصنف والكتب المطبوعة المتحدة بالصنف بمعنى كون
الحبر والملاء منه من طبع واحد لا من طبعين يختلفان في مثل الغلاف والاوراق للتحقق
الاختلاف فيها كثيرا ضرورة ان القطعتين المتجاورتين يختلفان غالبا في تمييز الزرع
والاستعداد وقد الملوحة والقيمة وغير ذلك كما لا يخفى على من راجع اهلها ويعلم من
ذلك عدم كون افراد صنف من الحيوان كالعبيد والاماء والفرس مثلا
مثليا نظرا الى عدم تساويها في القوى الباطنية لو فرضنا تساويها في
الاوصاف الظاهرية لانه اقل ما يكون هناك اختلافها بحسب الاستعداد
الباطني المقتضي لمقدار من البقاء والاعمار وما ذكرناه من التحديد بالتساوي
في جميع الاوصاف التي لها مدخل في مالية الشيء يلوح من كلام العلامة ره في التذكرة
حيث قال كل من غصب شيئا وجب عليه رده الى المالك سواء طالب المالك
برده ام لا ما دامت العين باقية بلا خلاف لقول النبي ص على اليد ما اخذت حتى
تؤديه ولان حق المغصوب منه متعلق بماله ولا يتحقق ذلك الا برده فان
تلفت العين فقد تعذر الرد عليه فلا بد له من ابراء ذمته من سبيله فعلى الحرج

ولا سبيل الى ذلك الا بدفع قيمتها وبه اذا الغرض الطلاق اصل المالية وانما تتعلق بالجزئيات
الاغراض النادرة فيجب ح رد بدله وهو ما يقوم مقامه في المالية لقوله تعالى فمن
اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ثم ينظر فان كان من ذوات
الامثال وجب رد المثل لان المثل اقرب الاشياء اليه ومن القيمة وهو مماثل
له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى واما القيمة فانها مماثلة من طريق
الظن والاجتهاد فلان ما هو من طريق المشاهدة مقدم كما يقدم النص
على القياس عند القائلين به لكون النص طريقه الادراك بالسماع والقياس
طريقه الظن والاجتهاد انتهى وذلك لان المثل لو لم يكن مساويا في جميع الاوصاف
التي لها مدخل في المالية الخ بل ما كان مساويا في غالبها لم يكن اقرب الاشياء لكون
المساوي في الجميع اقرب منه ولا مماثلا له من حيث المعنى ثم ان لازم ما ذكرناه
من التحديد هو ان يتساوى المتماثلان في القيمة ايضا ولا يتصور الاختلاف
بينهما بحسبها الا بحسب الزمان والمكان ولهذا قال العلامة ره في التذكرة لو غصب
المثلي فتلف تحت يده او اتلف المثلي على غيره وان لم يكن غاصبا ومضى عليه زمان
زادت قيمة المثل فيه فله المطالبة بالمثل وان زادت القيمة ولو نقصت القيمة
فله المثل خاصة ليس سواه وبه قال العامة فقد فرقوا بين تعيين الزمان ومغايرته
للاول وبين المكان عند القائلين بانه لا يطالب بالمثل في غير ذلك المكان
بان العود الى المكان الاول ممكن فجاز انتظاره ورد الزمان الاول غير ممكن
فقدمناه تصور في المثل وان لم يكن في ذلك مثله حقيقة لان التساوي في
القيمة معتبر في المثليين وللزمان اثر ظاهر في تفاوت قيمتها انتهى وبما ذكرناه
من البيان في تحديد المثلي ظهر لك سقوط ما في الرياض من ان المثلي ما تعارف
تحقق المثل له بحيث يساويه ويماثله في الطبيعة والمميز النوعي والصنفي وهو

اقرب اليه من كل جنس وان كان مثل الدراهم والدنانير انتهى فانه وان كان الظاهر منه ان
قوله وهو اقرب الخ من اجزاء التعريف فيستفاد منه ما اعتبرناه من الموافقة في
جميع الاوصاف التي لها مدخل في المالية الخ الا ان اعتبار تعارف تحقق المثل
مما لا وجه له ضرورة انه لا يعتبر في صيرورة الشيء مثليا وجود مماثل له فكيف بكون
ذلك متعارفا الا ان يحمل على ارادة الثانية وهو في غاية البعد من لفظه نعم هنا امران
الاول ان اعتبار حكم العرف بالمماثلة في مفهوم المثلي وان صدر عن بعضهم الا ان
ذلك مما لا وجه له والوجه انما هو اعتبار المماثلة في الواقع فيعتبر المماثلة في جميع ما له
مدخل في المالية الخ بحسب الواقع غاية ما في الباب ان اعتقادهما طريق الى الواقع
ان توافقا وانه رضي المالك بشيء سقطت كلفة تحصيل الواقع فان لم يعلما ولم يرض
المالك بشيء كان اللازم هو الرجوع الى اهل الخبرة لكونه طريقا الى الواقع على ما هو الشأن
في امثال ذلك من الموارد الثاني انك قد عرفت ان صاحب الجواهر ره ارجع تعاريف
المثلي باسرها الى معنى واحد فلا يكون الاختلاف الا في التعبير وهو الذي تقتضيه ظاهر
كلام الشهيد الثاني ره في ذلك حيث قال قد اختلف عبارات الفقهاء في ضبط
المثلي والمشهور بين الاصحاب ما ذكره المصنف ره من ان المثلي ما يتساوى قيمة اجزائه الى اخر ما قال
ومقتضى ظاهر كلام العلامة ره في التذكرة في حكاية عبارته التي نقلناها لك في ذيل قول المصنف ره الى غير ذلك
مما حكاه في التذكرة من العامة وانه كان هو المرجع الخلاف بحسب المعنى او ان الظاهر ان ذلك الخلاف نظر
الى ما حكينا عن فقهاء العامة وانه لا خلاف بين الخاصة بحسب المعنى في تفسير المثلي الواقع
معقد اجماعهم الا في التعبير فيكون ما ذكره هنا الجواهر ره من رجوع الجميع الى معنى واحد هو
ان كيفية الرجوع التي ذكرها محل منع من حيث ارجاعه سائر التعاريف الى التعريف المشهور
بل لانها اللفظية ومن المعلوم عدم وفائها بالدلالة على ما يدل عليه بل التحقيق ان
المثلي ليس معنى مصطلح عليه وانما له معنى عرفي وهو ما بيناه وان كان ما ذكر في شيء من التعاريف

فقد عرضت ذلك المعنى العرفي بلازمه حتى عرفه بانه ما تساوى اجزاؤه بحسب القيمة تقليلا
هذا المفهوم لازم ذلك المعنى العرفي وظن من عرفه بانه المتساوي الاجزاء والمنفعة تخيل
ان هذا المفهوم هو اللازم المساوي لذلك المعنى وهكذا غاية ما في الباب انه قد وقع
الخطأ في انطباقها على المعرف وذلك على ما ذكرناه من كون معنى المثلي ما يتبادر منه المتبادر
والمساق من لفظه وعلى ما ادعيناه من عدم اختلاف المعرفين اختلافا معنويا
وعدم استقرار الاصطلاح على ما يغاير الاصطلاح الاول اجزا والاخرى خصوصا مع
ملاحظة ان منهم من عرفه في كتاب بشيء من التعاريف وفي كتاب اخر بتعريف اخر
الا ترى ان العلامة قدس سره اختار في التذكرة تعريف الشيخ وهو ما تساوى قيمة اجزائه
وكذا في القواعد مع انه عرفه في التحرير بانه ما تماثل اجزاؤه وتتقارب صفاته ومثل
له بالحبوب والادهان وقد عرفت ان الشهيد قده في ش عرفه بانه المتساوي الاجزاء
والمنفعة المتقارب الصفات وقد عرفه في غاية المراد بانه ما تساوى اجزاؤه في
الحقيقة النوعية ومن المعلوم انه لا وجه لدعوى ان شخصا واحدا يصطلح في كل
زمان على شيء فهو كما ترى واطلاق المثلي على الجنس باعتبار مثلية انواعه او اصنافه
وان لم يكن بعيدا الا ان انطباق التعريف على الجنس بذلك الاعتبار بعيد جدا
لتوقفه على الاضمار في نظم الكلام بان يقال ان التعريف في تقدير قولهم ما تساوى
قيمة اجزاء انواعه او اصنافه فافهم فهو كما ترى الا ان يحمل على خصوصيات الاصناف الموجبة
لزيادة القيمة ونقصانها تحالها الناس بعضهم غاية الامر وجوب رعاية الخصوصيات
عند اداء المثل عوضا عن التالف او القرض وهذا بعيد محصله انه لو قيل ان تعريفهم المثلي
بانه ما تساوى قيمة اجزائه انما هو باعتبار اهمال الخصوصيات الصنفية الموجبة للتفاوت
بان يكون مرادهم ان اجزاء الجنس متساوية مع قطع النظر عن الخصوصيات ومعلوم
انه لا بد حينئذ من اعتبار التساوي في الجملة ومع ذلك لا بد من مراعات الخصوصيات عند اداء المثل

كان

كان ذلك لبعضهم جهة ان مثل الاراضي مما هو قيمي ولا يتساوى قيمة اجزائه بحسب الاصناف عليه
انه مع اهمال الخصوصيات وقطع النظر عنها تتساوى قيمة اجزائه مع انه ليس من المعروف
مع ذلك بعيد لان الخصوصية اذا كانت مقصودة يلزم اهمالها في مقام اداء المثل
فلا وجه لقطع النظر عنها واهمالها في مقام التعريف فان ذلك مناف للغرض فهو كما ترى مضافا
الى انه يخل باطراد التعريف بناء على هذا بانه لو اريد تساوي الاجزاء من صنف واحد تساويا
حقيقيا اه وقد عرفت ان هذا الكلام مبني على ان مرادهم بالتعريف كون الموجود الخارجي من افراد
الصنف مباين الاخر فلا يعتبر جزء من الصنف وانه مما لا وجه له بل مرادهم ان اجزاء الصنف
باعتبار وجوده الخارجي اذا كانت متساوية بمعنى تساوي اجزاء الموجود الخارجي كان مثليا
فهو كما ترى ولذا اختار العلامة قده في باب القرض من التذكرة ان ما يصح فيه السلم من القيميات
مضمون في القرض بمثله عملا بان القرض والسلم لدين ورد ماله بمثله ولهذا قال الشيخ في موضع
يجوز بيعه بمعنى السلم فيه من الرقيق والابل والبقر والغنم والخيل والبغال والحمير وغير ذلك يجوز اقراضه
فيجوز اداء مثله في القيمي لكن بشرائطه التي منها وصفه السلم فيه وضبطه ذكروا في القرض انه يصح
اقراض كل ما يضبط وصفه الذي تختلف القيمة باختلافه وقد عرفت ان كان من شأنه الثقة ولو
لم يمكن الضبط عليه وفي الجواهر انه لا ريب في طرده بمعنى صحة قرض منضبط الوصف والقدر بل
لا خلاف فيه لاطلاق الادلة وانما الكلام في عكسه وهو ان كل ما لا يضبط وصفه ولا قدره لا يصح
قرضه اذ يمكن منعه للاطلاق لكن نحن خصوصا على المختار من ان التاء... ومن ضمن القيمي قيمته
الى ان لا مدخلية في شيء تمام الذمة لضبط الوصف الذي يراد منه دفع المثل فلا انه
قد يمنع وجوب اعتبار ضبط الوصف باتفاع الفرض في صحته على وجه لا يجدي
اعتباره بطل القرض والقبض لعدم الدليل الصالح لتقييد الاطلاق المعتضد بالخلاف في
جملة من الاصحاب الذين لم يذكروا هذا الشرط كابني زهرة وحمزة وادريس وغيرهم
التعليل بان ذلك مقدمة للوفاء لا يقضي بالاشتراط المزبور بل قد يقف بعد صحة القرض بالخلاف الى الصلاة

اذا قضاه ثبوت مثله او قيمته في الذمة فان علما بقيمته ونحوها وجب تاديتها والا رجع الى
الصلح ولك الكلام في القرض في هذا ولما عرفت قالوا يجوز اقراض الخبز اجماعا وكذا القيمي الذي جرى
السلف فيه وفيما لا ينضبط الوصف كالجوهر واللحم والجلد قولان ويجوز اقراض الذهب والفضة
وزنا والحنطة والشعير كيلا ووزنا والخبز وزنا بلا خلاف بل الاجماع عليه لكن بعد ضبط الوصف
ويجوز عددا عندنا نظرا الى التعارف الاجماع المحكي والاخبار وكذا يجوز اقراض الجوز والبيض بالعدد كيلا في بابه
ها هنا كلام انه ان كان العين المقترضة مثلية ثبت في الذمة مثلها وان كانت قيمية ثبت في الذمة
قيمتها وقت التسليم والقرض المحقق بانه لو قيل يثبت مثلها مطلقا كان حسنا والمكول الثابت
في قرض المثلي هو المثل وكون الثابت في قرض القيمي هي القيمة استشهد العلامة في التذكرة اليه
العلامة ره من ان ما يصح فيه السلم من القيميات مضمون في القرض بمثله تو كسه وقد عد الخبز من
الرطب والفواكه من القيميات مع ان كل نوع منها مشتمل على اصناف متقاربة في القيمة فان قال
في اواخر كتاب الغصب منه فان غصب ثمرا كانت كالنخل ونحوها فان تلف اصلحت الثمر
فيه ماله بمن ويزاد فاذا تلفت ماله رده ان كان رطبا حاله وان تلف رطبا فعليه قيمته لان الرطب من
الثمار كالرطب والتفاح والعنب ونحوها انما تضمن بالقيمة انتهى تو كسه في التحرير وانه ما في الثب
اجزاؤه وتقاربت صفاته الظاهر انه اريد بالاجزاء هنا الجزئيات باعتبار انحصار الصفر والحديد
او الحنطة مثلا شيء واحد فان الصفر الحاصل من معدن من معادن الهند مثلا جزء منه وان
الصفر الحاصل من معدن من معادن مملكة اخرى جزء اخر منه وانهما متماثلان في الخلقة يعني
متحركا نه في اصل الجوهر كما ينبغي وجه التماثل اذ في احدهما نحو الحديد في غلبة الحال
في الحنطة والحديد وغيرهما وقد اخذ التماثل في الخلقة هنا في بعض تعاريف العامة
ثم ان ظاهر لفظ التعريف يقتضي عود الضمير المجرور مضافا اليه في صفاته الى الموصول وانه
بظاهره مستقيم لان الاوصاف الثابتة للمركب بنفسه غير متماثلة الاترى ان الصفر المعدود مثلا
من قبيل المثلي من جملة اوصافه كونه جوهرا باقيا وكونه يتخذ منه الاواني وكونه موزونا

والكي

شيء من هذه الاوصاف متقاربة ولا يصح ان يراد المعرف ذلك قطعا وانما المراد هو كون اوصاف الاجزاء او
متقاربة فلا مناص عن التزام اضمار لفظ الاجزاء مضافا الى الضمير في النص بتقارب صفات
اجزائه او ادعاء كون صفة الاجزاء صفاته وعلى الاحتمال فالمراد تقارب صفات اجزائه واحتماله
بالتقييد بمعنى كون شيء من الصفر قد صنع ملعقة وكون شيء اخر منه قد صنع ابريقا فانهما
ليسا متقاربين في الصفة بخلاف الملعقتين او الابريقين وان كانا من الصفر اثنين من
قسم واحد اختلاف بحسب النظر في الجملة فانه يصدق عليهما انهما متماثلان ومتقاربان
في الصفة ويعرف ذلك بقولك الظاهر ان هذا التعريف اعم من التعريف الاول لان تماثل
اجزائه وتقارب اوصافها قد يحصل فيما لا يتساوى قيمة اجزائه كما هو المشاهد في
صفر الهند وصفر ايران فانهما مع اتفاقهما في المقدار والصفة يختلفان في القيمة فلم
يستلزم ذلك تساوي قيمتهما فو كسه وعن الصفوة والروضة انه المتساوي الاجزاء
والمنفعة المتقارب الصفات وعن ك والكفاية انه اقرب التعريفات الى الملامة الظاهر ان
هذا التعريف اخص من التعريف السابق لانه اعتبر هنا لو اعتبار المساواة في القيمة
المعتبر هناك مساواته في المنفعة وتقاربه في الصفات ومعلوم انه اذا كانت حنطة زيد
بحيث يحصل من مقدار منها الخبز اكثر مما يحصل من ذلك المقدار من حنطة عمرو ولكن
كان خبز الثانية الذي هو خبز الاولى فتساويا في القيمة من هذه الجهة صدق التعريف السابق
عليهما دون هذا التعريف لعدم اعتبار التساوي في المنفعة هنا كذا على خلاف هذا التعريف
وكذا الحال في تقارب الاوصاف فاذا فرض ان قسمين من النحاس متساويين في اصل الجوهر وصنع
احدهما ابريقا ومن الاخر طشت مثلا وكان مقدار من الاول يساوي مثل ذلك المقدار من
الثاني في القيمة وصدق عليه التعريف السابق لتساوي الجزئين في القيمة دون التعريف الثاني لعدم تساويهما
في الصفات هنا ان اريد تساوي الاجزاء في هذا التعريف اخص ايضا لان هذه الخاصة المركبة التي
هي تساوي جوهر الاجزاء وتساوي منفعتها وتقارب صفاتها لها لازم اعم وتساوي قيمة الاجزاء

وانما قلنا انه لازم اعم لوجوده فيما لو تساوت الجوهرات واختلفت الصفات او المنافع لا وجد لكون
كل من الصفتين او المنفعتين المختلفتين معارضة للاخرى فانه ح يتساوى القيمتان مع عدم
تساوي المنفعتين او الصفتين ولعل المص رح اشار بتعقيب هذا التعريف بما حكى عن ذلك
والكفاية من اقرب التعريفات الى السلامة الى كونه اخص من التعريف السابق فاما ما في
وعن غاية المراد ما تساوى اجزاؤه في الحقيقة النوعية قال في الذكرى ومرجعه الى ما يكون
اسم القليل والكثير منه واحد كالماء والدبس والحنطة ثم قال وينتقض بالارض انتهى
قوله وعن بعض العامة انه ما قدر بالكيل او الوزن قال في الذكرى وينتقض بالمعجونات وزاد
آخرون عليه اشتراط جواز السلم فيه ليسلم من النقض وزاد ثالث اشتراط بيع بعضها
ببعض لتشابه الاصل في قضية التقابل انتهى ثم حكى الخصوصيات عما حكاه في التذكرة
عن العامة وينبغي نقل عبارتها تماما لاشتمالها على ما يفيد البصيرة في المقام قال رح القسم
الثالث الاعيان المالية الصامتة وهي قسمان اما مثلية او غير مثلية وقد اختلف في تفسير
المثلي فقال الشيخ رح المثلي ما تساوى قيمة اجزائه كالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب
والادهان وما اشبه ذلك وغير المثلي ما لا تتساوى اجزاؤه كالحيوان والارض والاشجار
وغير ذلك وقال جماعة من الفقهاء المثلي ما تماثلت اجزاؤه وتقاربت صفاته كالحبوب
وغيرها قال ابو حنيفة والشافعي واحمد المثلي كل مقدر بكيل او وزن وزاد بعضهم اشتراط
جواز السلم فيه لان المعجون لا ينضبط بالوصف في الذمة والضمان تشبهه لانه يثبت
في الذمة وزاد القفال وغيره اشتراط جواز بيع بعضه ببعض لتشابه الاصلين
في قضية التماثل واعترض على العبارات الاخيرة الثلث بان القماقم والملاعق والمغارف
المتخذة من الصفر والنحاس موزونة ويجوز السلم فيها وبيع بعضها ببعض وليست مثلية
ومنع بعض الشافعية من جواز السلم في القماقم ونحوها لاختلافها وانما جاز في الاسطال المربعة
والظروف المصبوبة في القوالب ولا يبعد ح ضمان الحكم عليها بانها مثلية قال بعضهم

ذكر في عبارة التذكرة
ذكر ما يمتنع بيع بعضه
ببعض عندهم مح

المثليات

المثليات هي التي تقسم بين الشريكين من غير حاجة الى تقويم وينتقض بالارض المتساوية الاجزاء فانها
تقسم من غير تقويم وليست مثلية وقال آخرون المثلي ما لا يختلف اجزاء النوع الواحد منه في
القيمة وربما قيل في الجرم والقيمة ويقرب منه قول من قال المثليات هي التي تتشاكل في الخلقة و
معظم المنافع او ما تساوى اجزاؤه في المنفعة والقيمة وزاد بعضهم من حيث الذات لا من
حيث الصنعة وقصد به الاحتراز عن الملاعق والمغارف وصنجات الميزان المتساوية فانها
ههنا من حفظ التشابه في الصنعة والا فالمصنوعات مختلفة في الغالب لقائل ان يقول الملعقة
ونحوها او يرد على الضابط المذكور اما نقول تماثل اجزاؤها وهي ملعقة او تماثل اجزاء جوهرها
فقط والاول باطل لان اجزاء الملعقتين متماثلة في المنفعة واما الثاني فالصفر الذي هو جوهر
الملعقة اذا كان مثليا كان تماثل اجزائه من حيث الذات لا الصنعة والحيوان اشد الصنعة في تماثل
الاعضاء واوضاع اجزائها لا عينها واعلم ان ما ذكره ابو حنيفة ينتقض بالمعجونات وقول القفال
بجواز بيع البعض بالبعض بعيد عن اصطلاح الشافعية فانهم اعرضوا عن هذا الشرط و
قالوا امتناع بيع البعض بالبعض لرعاية التماثل في حال الكمال بمعزل عما نحن فيه والاعتبار
بالقسمة باطل بما تقدم وما لا يختلف اجزاء النوع الواحد منه ان اريد الاجزاء عينها الا ما تركب
منه الشيء لم يصح ان لا يكون الحبوب مثلية لانها تتركب من القشور واللب والقشر واللب
مختلفان في القيمة والمنفعة وكذا التمر والزبيب لما فيهما من النوى والعجم وان اريد الاجزاء
التي يقع عليها اسم الجملة لزم ان لا يكون الدراهم والدنانير مثلية لما يقع في الصحاح من
الاختلاف في الوزن والاستدارة ووضوح السكة وخفائها وذلك مما يؤثر في المنفعة
والقيمة والنظر الى الجرم بعيد لان الحبوب والتمور متماثلة ومعلوم ان نوعا منها لا يخلو من اختلاف
الحبات في الصغر والكبر واستحسن بعض الشافعية كل مقدر بكيل او وزن يجوز السلم فيه الا
انه ينبغي ان يقال المثلي كل ما يحصره الكيل او الوزن ويجوز السلم فيه ولا يقال كل مكيل او موزون
لان المفهوم منها ما يعتاد كيله ووزنه فيخرج منه الماء وهو مثلي وكذا التراب فهو مثلي على

الاصح عندهم واعلم انه ينشأ من اختلاف العبارات الخلاف في الصفر والنحاس والحديد والرصاص لان اجزائهما مختلفة الجواهر ولانه يبرح منه بوافقه الاجزاء وفي التبر والسبيكة والمسك والعنبر والكافور والثلج والجمد والقطن لمثل ذلك وفي العنب والرطب وسائر الفواكه الرطبة لامتناع بيع بعضها ببعض وكذا في الدقيق والاظهر عندهم انها باجمعها مثلية وفي السكر والعسل المصفى بالنار والفانيذ واللحم الطري للخلاف في جواز بيع كل منها بجنسه عندهم وفي الخبز لامتناع بيع بعضه ببعض وللخلاف في جواز السلم فيه عندهم واما الحبوب والادهان والسمن والمخيض والخل الذي لم يمتزج بالماء والزبيب والتمر ونحوها فهي مثلية بالاتفاق وكذا الدراهم والدنانير لكن قضية العبارة المستحسنة عند بعض الشافعية ان فيها خلافا لان في السلم فيها خلافا ولذا ثم جعلوا المكسرة على الخلاف في التبر والسبيكة لتفاوت القراضات في الجرم وقال ذلك بعض في الصحاح فيلزم محض الخلاف فيها وهذا في الدنانير والدراهم الخالصة واما المغشوشة فامرها عندهم مبني على جواز التعامل بها ان جوزناه فهي مثلية والا فمتقومة لان مالا علاك بالعقل لا علك بالقيمي عوض ضمانه متلف واعلم ان المحقق ما نقلناه عن الشيخ ره انتهى وفي جامع المقاصد وربما ضبط بانه ما يكون اسم القليل والكثير منه واحدا كالماء والدبس والدهن ونقض بالارض [illegible] ثم لا يخفى انه ليس للفظ المثلي حقيقة شرعية ولا متشرعية وليس المراد معناه اللغوي اذ المراد بالمثل لغة المماثل فان اريد من جميع الجهات فغير منعكس وان اريد من بعضها فغير مطرد وليس في النصوص حكم يتعلق بهذا العنوان حتى يبحث عنه نعم وقع هذا العنوان في معقد اجماعهم على ان المثلي يضمن بالمثل وغيره بالقيمة ومن المعلوم انه لا يجوز الاتكال في تعيين معقد الاجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقين وح فينبغي ان يقال كلما كان مثليا باتفاق المجمعين فلا اشكال في ضمانه بالمثل وهذا الكلام مبني على امرين احدهما ان يكون الاختلاف في التعاريف معنويا لا في مجرد التعبير بان يكون مقتضياتها مختلفة فقد تجتمع في مورد

وقد تفترق في مورد آخر وثانيهما انه وجد جملة من الموارد قد وقع الخلاف فيها بخصوصها فمنهم من صرح بكونها مثلية ومنهم من صرح بكونها قيمية بحيث دل على هذين التعريفين حكم بانه اما اتفق المجمعون على ضمان المثلي بمثله وضمان القيمي بقيمته على كونه مثليا او كونه قيميا ترتب عليه حكمه وان اختلفوا فيه فلا بد فيه من الرجوع الى الاصل حتى يرجع اليه عند الشك وقد سبق الى نظري القاصر رجحان ... وان كان مسلكه عند الشك هو الاحتياط بالرجوع الى الصلح والتراضي عند امكانه وترجيح الاكثر بالشهرة قال ره بعد ذكر جملة من تعريفات المثلي ما لفظه ولا يذهب عليك انه لم يعلم محصل لهذه التعريفات اهل العرف واللغة وهما بعد تسليم دلالتهما على تعيين معنى المثل المطلق وترجيحهما احد الآراء لا دلالة لهما الا اذا ثبت تعلق الحكم بلفظ المثل ودليل ... يوجد على قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وفيه نظر لاحتمال كون المراد بالمثل فيه مثل اصل الاعتداء لا مثل المعتدى به الذي هو ما نحن فيه فتامل هذا مع انه لم يظهر حجة على اصل اعتبار المثل في المثلي والقيمة في القيمي عدا الاجماع والاتفاق وليس فيهما ما يرجح احد التعريفات فليرجع في تعيين الافراد الى ما اجمع على كونه مثليا او قيميا ولا اشكال فيما ظهر فيه ويشكل الامر فيما عداه وينبغي الاحتياط فيه مثله بالرجوع الى الصلح والتراضي ان امكن والا فلا يبعد ترجيح مختار الاكثر لرجحانه بالشهرة ولولاها لكان العمل بالتخيير بين الآراء متجها كما هو الحال في ترجيح الاقوال المختلفة التي لا مرجح لاحدها على الآخر من الادلة هذا كلامه ره وتحقيق الامر ... ولما عرفت من ان لفظ المثلي من جملة الالفاظ العرفية التي يلزم الرجوع في استفادة معناها الى العرف ولم يثبت لهم اصطلاح خاص فيه لما تقدم والمنساق المتبادر منه ما عرفت من المساواة في جميع الاوصاف التي لها مدخل في مالية الشيء وان التعاريف ليست ناظرة الا الى بيان معنى واحد هو المثلي وان الاختلاف في عبارات التعاريف انما نشأ من تعريفهم له بلازم المعنى الواحد باللازم ويشهد بما ذكرناه ما عرفت من ظهور عبارة المسالك في ذلك وانه لا وجه لجعل

كل من اهل الصناعة اصطلاحا واسما خصوصا مع ما عرفت من ان منهم من عرف شيئا من التعاريف
في كتاب و باب في كتاب اخر فحصل من ذلك ان ليس المجمعون مختلفين في مفهوم وان ما يظهر
من التذكرة من كون الاختلاف بحسب المعنى فذلك انما هو بالنظر الى كلمات العامة دون اصحابنا
الذين اختلط لفظ المثلي في معقد اجماعهم و يتجه على الامر الثاني ان ذلك من باب اختلاف مسبيهم
في اندراج بعض المصاديق تحت العنوان الذي اخذوه في معقد اجماعهم مما هو من قبيل
مفهوما وذلك لا يورث الخلاف في نفس العنوان الذي اجمعوا على حكمه فلا ضير في ذلك
هذا واما ما ذكره صاحب الرياض من ترجيح مختار الاكثر بالشهرة فلا يخفى ما فيه
لان الشهرة انما تصلح مرجحة للخبرين المتعارضين لا الفتويين المجردتين عن الدليل
على القول باعتبار مطلق الظن لا يمكنها تصير بنفسها من قبيل الادلة دون المرجحات الا ان
يريد بمرجح احد الاقوال ذلك بان يجعلها مستندا له فيبقى الاخر خاليا عن المدرك
ويطلق عليه اسم المرجح بهذا الاعتبار فوكسه فلابد من ملاحظة ان الاصل الذي
يرجع اليه عند الشك هو الضمان بالمثل او بالقيمة او تخيير المالك او الضامن من بين المثل
والقيمة ولا يبعد ان يقال ان الاصل هو تخيير الضامن اه هذا الكلام اشارة الى
تاسيس الاصل و توضيح المقام انه قد يقال انه اذا فرض اصل المسئلة من قبيل ما شك
فيه من جهة ان المامور به بعد وجوب دفع البدل هو ما ساوى المبدل منه في الاوصاف
المعتبرة عند العقلاء في مقدار ماليته وقيمته وساواه ايضا في الخواص وفي رغبة الناس
اليه ويعبر عن هذا بالمثل او هو ما ساواه في مجرد مقدار المالية فيكون عبارة عن القيمة
او فرض الشك في بعض الافراد من حيث كونه مثليا او قيميا مع العلم بكون بعضها قيميا
و بعضها مثليا كان المقام من قبيل ما دار الامر فيه بين الاقل والاكثر لما عرفت من
كيفية الشك والدوران بين طرفيه فيكون المرجع هو اصل البرائة فيكتفى بالاقل وهو مجرد
المساوي في مقدار المالية وهو القيمة فتكون هي الموافقة للاصل هذا ولكنه يندفع بما حققنا

في محله من ان المناط في الحكم بالبرائة والاشتغال انما هو اجمال عنوان المامور به و عدمه فان
لم يتحقق اجمال في عنوانه كان الحكم هي البرائة وان تحقق اجمال فيه كان الحكم هو الاشتغال حتى لو كان
المورد من قبيل الاقل والاكثر المنصوص فيما نحن فيه وقد تحقق اجمال العنوان هيهنا
لانه قد اشتغلت ذمته بالمال الذي اتلفه وقد وقع الشك في بدلية القيمة عنه حتى تسقط
فتبرئ ذمته والاصل عدم قيامها مقامه وبدليتها عنه وكلما مر به رجع الشك الى البدلية تعين
الاشتغال بالاصل مع رفع البدلية باصالة عدمها وهي اصل موضوعي يترتب عليه
الحكم فيترتب عليه بقاء التكليف باصل المامور به وهذا بحسب التدقيق والتحقيق
مع كون العبرة بالاصل الموضوعي فيما لو دار الامر بينه وبين الاصل الحكمي واما بحسب
الجري على مقتضى الظاهر وترك التعمق والتدقيق فقلت ان اصل الاشتغال او استصحاب
عدم سقوط التكليف باصل المال الذي اتلفه جاريان في المقام فلا يكون مقتضى الاصل
هي البرائة وانما يكون مقتضاه هو الاشتغال ويلزمه كون ضمان القيمة هو مقتضى الاصل
دون ضمان المثل ثم ان هذا كله انما هو بحسب النظر الجليل واما بمقتضى التحقيق و
بحسب النظر الدقيق فهو ان يقال ان هذا المقام ليس من موارد البرائة والاشتغال
بان يكون احد الامرين موافقا للبرائة والاخر موافقا للاشتغال لكون المقام من
قبيل ما دار الامر فيه بين المتباينين وذلك لانه لو كان كيفية وقوع الشك في المقام
هو الشك في ان من اتلف عبدا مثلا هل يلزمه دفع عبد بدلا عما اتلفه كيف كان العبد
بعد كونه من مصاديق هذا الاسم ام يلزمه دفع عبد مساو لما اتلفه في الاوصاف
والخواص ورغبة الناس كان من موارد البرائة والاشتغال وليس الحال في المقام
على هذا المنوال بل الامر هنا دائر بين وجوب دفع عبد مساو لما اتلفه فيما ذكر وبين
دفع القيمة التي هي من قبيل النقد وهما متباينان بالضرورة فلا يكون احدهما موافقا
للاصل الاشتغال نعم لو اريد البناء على مقتضى الاشتغال لزم الجمع بينهما في الدفع

او تحصيل رضى المالك بما امكن فيكون مقتضى الاصل في المورد هو دفع المثل والقيمة جميعا
او تحصيل رضى المالك لكن الاول مما لم يقل به احد بل الاجماع على خلافه لاطباقهم على
كفاية احدهما وح نقول انه بعد ملاحظة الاجماع ان المامور به انما هو دفع احدهما
وانه ليس الوظيفة هو الجمع بينهما يؤول الامر الى اصل البرائة لان مقتضى ما عرفت من بين
المقدمات عدم ثبوت التكليف بالبدل وان المقام من قبيل ما دار فيه الامر بين المتباينين
وان الوظيفة انما هي احدهما لحكم الاجماع هو تخيير الضامن في دفع ايهما شاء لكن هذا
انما هو مع قيام الاجماع على خلافه وذلك انهم مطبقون على ان المامور به انما هو احدهما لا
معينا وليس هناك تخيير بينهما بشئ من الوجهين ولهذا جعل المصنف قده الاصل تخيير المالك
لاصالة عدم برائة ذمة الضامن بدفع ما لا يرضى به المالك ثم اضاف اليه التمسك
بعموم قوله تم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ثم قوى ان الاصل هو تخيير المالك قبل ابطال
براءة ذمة الضامن بقيام الاجماع على خلافه نظرا الى ان ذمته قد اشتغلت بحق
المالك الذي ليس من قبيل الاقل والاكثر حتى يجري عليه البرائة من الزايد عند الشك فلا يخرج
عن عهدة حقه الا برضاه فان رضي بالمثل كان هو المخرج وان رضي بالقيمة كانت
هي الموجبة للخروج عن عهدة حقه فلا يبقى مجال لاصالة براءة ذمته لما عرفت من عدم
الشك في الزيادة بعد تحقق القدر المتيقن فتدبر فيه جيدا ثم على ان نقول بعد عدم
الدليل لترجيح احد الاقوال والاجماع على عدم تخيير المالك بالتخيير في الاداء ان نقول
انه قده اراد انه بعد ملاحظة كون الشبهة في اصل المسئلة في الحكم نظرا الى ان حكم الله
فيها معين معلوم من جهة عدم امكان الترجيح بين الاقوال مقتضى الاصل هو تخيير
المجتهد من باب الاضطرار كما فيما قام الاجماع بين الامة على احد القولين ولم نعلم
احدهما بخصوصه دليل فانه تخير من باب الاضطرار بحكم العقل فيختار احدهما ويفتي
به في حق مقلده لان المقلد هو بنفسه مخير بين المثل والقيمة ثم نعترض عليه بانا لم نجد

في الاموال

في الاموال الحكم بالتخيير في الشرع كما لا يخفى على من لاحظ الفروع المسطورة في كتاب الصلح التي
منها ما لو اودع رجل درهمين واخر درهما عند غيرهما ثم تلف درهم حيث قالوا
تبعا للنص انه يقسم بينهما احد الدرهمين الباقيين وحمل على الصلح القهري ومن راجع
حكم تعارض البينات فليس فيها حكم بالتخيير بل يحكم بالصلح او القرعة مثلا فليس في
المقام اصل يعول عليه وانت خبير بما فيه اما اولا فلانه قد اشتبه عليه مقصود
المصنف قده لانه قده لا يريد ان الامر يرجع الى المجتهد فيحكم هو بالتخيير وانما اراد انه
يمكن ان يقال بتخيير الضامن في الاداء من جهة انه امر دائر بين المحذورين عدم
اجزاء المثل بخصوصه وعدم اجزاء القيمة بعينها ولا متيقن يحصل به البرائة
للضامن عند عدم التزام المالك بما بذل فهو في نصب المقام نظير تخيير المجتهد
في الفتوى بما يختاره من المحذورين اللذين يدور امره بينهما وقوله بالاجماع
على عدم تخيير المالك معطوف على لفظة عدم المضاف اليها كلمة بعد وقوله بالتخيير
متعلق بقوله يقال ومعناه تخيير الضامن في الاداء واما ثانيا فلانا لو سلمنا
ان مراد المصنف قده هو ما فهمه ذلك القائل لكن نقول ليس يحصل ما اعترض به
الا الاستقراء وعدم وجدان التخيير ومن المقرر في محله ان الاستقراء لا حجة فيه وان
عدم الوجدان لا يدل على عدم الوجود خصوصا في مثل المقام الذي قد وجد ما يصلح
موجبا للحكم بالتخيير وهو الاضطرار بعد المقدمات التي ذكرها المصنف قده فكيف يتوقف ان
عدم وجدان التخيير في غيره من الموارد لا يدل على ان الحكم هنا ليس هو التخيير و
اما ثالثا فلان ما اشار اليه من الموارد انما هي من قبيل الشبهات الموضوعية وما
نحن فيه من قبيل الشبهة الحكمية والتخيير في الشبهات الحكمية فوق حد الاحصاء
فلا وجه لقياسها على الشبهات الموضوعية في الاموال هذا ولكن يمكن ان يقال
ان بناء العلماء في مسائل الحقوق التي لا يستفاد احكامها من النص على الصلح دون التخيير فتامل

فان هذا انما يحتاج الى اثبات بنائهم عليه بحيث يكون اجماعا والا فلا حجة فيه مضافا الى
انه على تقدير ثبوت الحكم بالاجماع في هذا المورد ولا يلزم منه ثبوته في غيره من الموارد
فلا بد من اثبات الاجماع على حكم كل واحد منها او اثبات الاجماع على قاعدة كلية
وهي ان ما لم يعلم فيه الحكم من الاموال كذا لا بد فيه من الصلح [illegible] فتأمل
الظاهر انه اشارة الى منع قيام الاجماع على عدم تخيير المالك الذي هو مقدمة
من مقدمات مطلوبه الذي هو تخيير الضامن في الاداء فولكسي ولكن يمكن ان
يقال ان القاعدة المستفادة من اطلاقات الضمان في المغصوبات والامانات المفرط
فيها وغير ذلك هو الضمان بالمثل لانه اقرب الى التالف من حيث المالية والصفات
ثم بعده قيمة التالف من النقدين وشبههما لانه اقرب من حيث المالية لان ما عداهما
يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه اليهما لما فرغ من الاشارة الى الاصل نقا
العملي حاول بيان الحال على مقتضى القواعد الشرعية ولكن ليس مقتضاها فقط
بمقتضى الاصل العملي المذكور كما توهمه بعض من تأخر لان مقتضى ذلك انما
كان هو التخيير ومقتضى هذه انما هو الترتيب والتدريج بمعنى ان اللازم اولا هو
المثل وبعد انتفائه فاللازم قيمة التالف وما في على انه مراده منه ما ذكرناه
قوله قدس سره وقد استدل في ط على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بقوله تعالى فمن
اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى وتفصيل المقام انه يمكن ان يقال
ان اللازم عليه بحسب القواعد الشرعية ابتداء انما هو ما يماثل المال التالف الشخصي الذي
اتلفه من جميع الجهات المعتبرة في المالية والاوصاف الخاصة المعتبرة عند العقلاء
في المرغوبية والقيمة وغيرها سواء كان من قبيل المثلي المتعارف عند الفقهاء
الذي جرى اصطلاحهم على تسميته مثليا وهو ما كان نوعه او صنفه
متماثلا ام لا حتى انه لو اتلف العبد ضمنه بمثله ان اتفق له مثل من جميع الجهات

مع ان

مع ان الحيوان مطلقا ليس مثليا عندهم وكذا الكتب والبسط والفرش والدواب وغير ذلك
فالمتلف يضمن ابتداء ما يماثل ما اتلفه من جميع الجهات الا ما كان لغوا في نظر العقلاء في ذلك
لان مسألة الاتلاف والضمان مما يعم به البلوى بل يمكن ان يقال انه ليس في الامور التي
يعم بها البلوى ما يزيد عليه في شدة الحاجة اليه ومع ذلك اطلق الشارع الضمان في كثير
من الموارد كالمغصوبات والامانات وغيرها ولم يتعرض لبيان ان الضمان بالمثل او بالقيمة
او بغيرهما فيعلم من ذلك انه قدس سره حيث قال على اليد ما اخذت حتى تؤدي احال الامر في تعيينه
على ما هو المتعارف بينهم مما يضمنون ويضمنون به ومن المعلوم من عادتهم الجارية على
مر الدهور المستقرة عليها ما سيأتي ثم ان من اتلف شيئا من مال غيره ثم ادى ما يماثله في
مع تعذره ادى قيمة التالف رضي المالك بذلك وكف عن المطالبة كما كان المال
المتلف من قيمي على مصطلح الفقهاء او مثلي وحيث ثبت للناس عادة مستمرة وطريقة
مستقرة ولم يصدر من الشارع بيان ما يخالفها كان اللازم اتباعها والا لزم تأخير البيان
عن وقت الحاجة وهذه قاعدة كلية سارية في كل ما ثبت للناس طريقة مستمرة ولم
يبين الشارع خلافها مع الحاجة الى البيان فيتبع الا ان يأتي من قبل الشارع ما يخرج
عنه وكذا الحال في سائر الاخبار المطلقة الناطقة بالضمان بل لنا ان نقول انه يستفاد
ما قررناه من لفظ الشارع الذي هو من قبيل الموضوع المستنبط دون الموضوع الصرف
وذلك لانا اذا عرضنا قوله قدس سره على اليد ما اخذت حتى تؤدي على اهل التعارف لم يفهموا
منه الا اداء ما يماثله من جميع الجهات على ما وصفناه ابدا مع تعذره فاللازم اداء
القيمة فقوله قدس سره حتى تؤدي يفيد ذلك بالدلالة العرفية لان ما ذكر اقرب شيء الى
التالف في المقام بحيث يمكن ان يقال عرفا انه هو عين ذلك التالف بل يمكن ان
يقال انه بعد التلف على كون الحديث مسوقا لبيان ضمان المتلف بخصوصه او لبيان ما يشمله
بان يكون مسوقا لبيان رد ما هو باق في يده ورد بدل التالف جميعا لا يعقل بالنسبة

الى التالف الا ارادة ما هو اقرب اليه بحسب المقام الذي يلزمه الخروج عن عهدة التالف
لان قوله تعالى حتى تؤدى قد حذف منه الضمير المنصوب العائد الى الموصول الذي هو عبارة
عن المال المقبوض هذا وعلى هذا القياس الايات الواردة في هذا الباب لاشتمالها على لفظ
المثل الذي لابد من ان يحمل على ما هو مماثل لذلك الشيء التالف في كل مقام بحسبه من المثل
او القيمة عند تعذره دون ما هو المصطلح عليه فيما بين الفقهاء قال الله تعالى فمن
اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقال تعالى وان عاقبتم فعاقبوا
بمثل ما عوقبتم به وقال تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها ودعوى ان ما مصدرية
او انها موصولة ولكنها عبارة عن المعنى المصدري خلاف الظاهر مضافا الى انه
يكفي الاستدلال على ما ادعيناه من ضمان المثلي بمثله بقوله تعالى المسوق لبيان سقوط بالمعتدى بل يكفي
الاستدلال به على ضمان ماله مثل من القيمي ايضا بمثله كما هو الحال في ساير الادلة المذكورة
هنا ويؤيد ما استفدناه لك بما اشار اليه العلامة من فتوى جماعة منهم الشهيد انه
في تي وذلك بجواز رد العين المقترضة اذا كانت قيمية وبما افاده كلام المحقق في
كتاب القرض من انه حيث قال وكلما يتساوى اجزاؤه يثبت في الذمة مثله كالحنطة
والشعير والذهب والفضة وما ليس كذلك يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم ولو قيل
يثبت مثله ايضا كان حسنا انتهى وكذا نسب اليه في محكي تي وكذا الميل الى كون
ضمان القيمي بالمثل بل في الثاني انه لعله اقرب وبما استقربه في التذكرة من ضمان
القيمي المنضبط بالوصف بمثله وانه رد فضل بينه وبين غير المنضبط بالوصف قال ره
في القرض ان كان مثليا رد مثله اجماعا فان تعذر المثل وجب رد قيمته عند
المطالبة وان لم يكن مثليا فان كان مما ينضبط بالوصف وهو ما يصح السلف فيه كالحيوان
والثياب فالاقرب انه يضمن بمثله من حيث الصورة لان النبي ص استقرض بكرا
فرد بازلا والبكر الفتى من الابل والبازل الذي تم له ثمان سنين انتهى وربما

افتى

افتى به فقهائنا من جواز اقراض الخبز وثبوت مثله في الذمة قال في التذكرة يجوز اقراض
الخبز عند علمائنا وهو احد قولي الشافعي وبه قال ابو يوسف ومحمد واحمد بن حنبل
للحاجة العامة اليه واطباق الناس ولان صباح بن سيابة سئل الصادق ع انا
نستقرض الخبز من الجيران فنعطيه اصغر او اكبر فقال ع نحن نستقرض الجوز الستين و
السبعين عددا وفيه الصغير والكبير فلا باس الى ان قال ويجوز رد مثله عددا او وزنا
انتهى ولا يخفى عليك ان صحة القرض في مثل الخبز تعطي ان الامر في القرض اوسع
من السلم لعدم صحة الاسلاف في الخبز مع صحة القرض فيه ثم ان هذه وان
كانت مما ثبت بالنص الا ان المستفاد منه هو ان الشارع قد اكتفى بالمثل العرفي حتى
فيما هو من قبيل القيمي عند الفقهاء وليس في نظره مثل خاص وما ذكره المحقق ره
في كتاب الصلح من انه لو اتلف رجل ثوبا قيمته درهم فصالح عنه على درهمين او اقل
صح على الاشبه لان الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم انتهى وخالف فيه الشهيد
الثاني ره تبعا لجامع المقاصد والدروس بناء على كون ضمان القيمي بالمثل فيكون
الثابت في الذمة ثوبا ويكون هو متعلق الصلح دون الدرهم حتى يلزم الرباء في
معاوضته بالدرهمين وان كان صاحب الجواهر ره ذكر ما يعطي المنع من دلالة
العبارة على ما فهموه في شرحها وبما ذهب اليه جماعة من فقهائنا من انه لو تلف
القيمي لزمه دفع قيمته يوم الاداء لا قيمته يوم التلف وهذا لا يتم الا بالقول بضمان
القيمي بالمثل حتى يبقى المثل على ذمته فينتقل الى القيمة يوم الاداء والا امكن ان يقال
ان الانتقال الى القيمة يحصل بمجرد التلف فيلزمه اداء قيمته يوم التلف ويدل على
هذا ويؤيد ما ذكرناه كلام العلامة ره في التذكرة الذي حكيناه في ذيل ما اخترناه
من تحديد المثلي وبينا انه يلوح منه ذلك للمراجع وان كان ذلك الكلام صريحا في
لزوم وجوب المثل في المثلي والقيمة في القيمي وهو خلاف ما يحكى بصدده هنا من وجوب المثل

الا ان الكلام في نفسه حق وان كان الغرض الذي دعاه الى هذا الكلام لا يترتب عليه فافهم
ونظير ذلك ما ذكرناه في المثل من اعتبار التساوي في القيمة فيما لو زاد او نقص القيمة
بتفاوت الازمنة او الامكنة كما لو اتلف ماء عذبا في طريق مكة واراد دفع ما يساويه
في المقدار في شاطئ الفرات او دجلة مثلا فانه لا يكون مثله على ما ذكرناه بخلاف
ما ذكره الوحيد فانه بعد فعلا لم يحاصل جميع الادلة المتقدمة كون التالف مضمونا مثليا
كان التالف ام قيميا موجبا للضمان بالمماثلة في جميع الصفات سواء كانت من الصفات
الموجبة لزيادة القيمة ام كانت مما يوجب مجرد الكمال في الموصوف وكذا في
القيمة ويجعل هذا اصلا في المقام يتمسك به في موارد الشك مما لم يقم اجماع على كون
المضمون فيه هي القيمة هذا ولكن يشكل الامر بان الالتزام بمقتضى الاصل المذكور
خلاف الاجماع لاجماعهم على ان القيمي اذا اتفق له مماثل ليس الحكم فيه ضمانه بمماثله والى
هذا اشار المحقق الثاني بقوله نعم الانصاف عدم وفاء الاية كالدليل السابق عليها بالقول
المشهور لان مقتضاها وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة والمالية وهذا
تقتضي اعتبار المثل حتى في القيميات انتهى مضافا الى اجماعهم على عدم ضمان المماثل على
الوجه المذكور حتى في المثليات لعدم حكمهم بضمان الصفات الكمالية ولا باعتبار
المماثلة في القيمة واحتمل بعض الاواخر ان يقال ان مقتضى القاعدة انما هو الضمان
بالقيمة لانه لا دليل على ضمان ما ليس له دخل في مالية الشيء من اوصافه وخصوصياته
التي لا بد من اعتبارها في المماثلة بالمعنى الذي ذكر فعلى هذا لو اتلف انسان عبدا
وهو متصف باوصاف خاصة فما كان منها مدخل في ماليته وقيمته فهو مضمون
وما لم يكن له مدخل في ماليته وقيمته فلا دليل على ضمانه وعلى هذا فيكون المناط
هو مقدار المالية الذي هو القيمة ويكون اصل الضمان مقدار المالية والاوصاف الحاصلة
له انما تعتبر تلك المالية بسببها فيكون الاصل هو القيمة لكن رده بانه لم يقل به احد من الاصحاب

وانت

وانت خبير بما فيه من النظر مع قطع النظر عن عدم مصير احد من الاصحاب اليه فلا ينبغي
وقد استدل في المبسوط على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا
عليه بمثل ما اعتدى عليكم بتقريب ان مماثل ما اعتدى هو المثل في المثلي والقيمة في غيره
وغرضه ره من هذا الكلام هنا بيان ما ذكره من القاعدة بانه قد استدل الشيخ ره بالاية
على ما يوافق مقتضاها من اثبات الضمان بالمثل اولا وبالقيمة ثانيا هنا ولو قد راجعت
كتاب الغصب من الخلاف فلم اجد تمسكه بالاية في شيء من ضمان المثل وضمان القيمة في
الموجود في غير ما نقله المحشي ره عنه لانه قال فيه ما لفظه فاذا ثبت تحريم الغصب
فالاموال على ضربين حيوان وغير حيوان فما عدا الحيوان فعلى ضربين ما له مثل وما لا
مثل له فما له مثل ما تساوت اجزاؤه ومعناه تساوت قيمة اجزائه فكل ما هذا له مثل كالحبوب
والادهان والتمور والاقطان والخلول التي لا ماء فيها والاثمان ونحو هذا كله له
مثل فاذا غصب غاصب من هذا شيئا فان كان قائما رده وان كان تالفا فعليه مثله لقوله
تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الى ان قال في حكم غصب ما لا مثل
له او تعريفه وتقسيمه ولم يتمسك بالاية في ذلك المقام فكيف يدعى رجوعه اليها فيبقى
الاية بالمثل ولولها اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء لا المعتدى به وهذه المناقشة
اوردها في الرياض فوكسى وفيه نظر كتبنا ره في الحاشية لبيان وجه النظر ما نصه لان
ظاهرها اعتبار المماثلة في الاعتداء والمعتدى به انتهى فعلى هذا يتم الاستدلال بها مع
قطع النظر عما سيورده هو ره او يرد عليه بعض من تأخر بناء على ما توهم من ان مقصوده
ره اثبات ان الاصل هو الضمان بالمثل العرفي باطلاقات الضمان والاية الكريمة
في المثلي والقيمي فقال ان التمسك باية الاعتداء اولى من التمسك بالاطلاقات التي لو قلنا بظهورها
لما عرفت في الحكم بالمماثل في الاعتداء والمعتدى به وجه لا يحتاج في اثبات كون الثابت
في الذمة هو المثل الى الرجوع الى الخارج من العرف او غيره ولكن يرد عليه ان الاية معارضة

بالاخبار المثبتة للقيمة في الموارد الخاصة فمنها صحيحة ابي ولاد حيث قال السائل قلت ارايت
لو عطب البغل او نفق اليس كان يلزمني قال نعم قيمة بغل يوم خالفته استفيد
منها ان البغل الذي هو من قبيل ما ليس له مماثل في غالب ما يعتبر في المالية يضمن بالقيمة
لما استفيد مما ذكر فيها قبل هذه الفقرة ضمان المنفعة التي استوفاها حيث قال ع
ارى له عليك مثل كرى البغل ذاهبا من الكوفة الى النيل الخ ومنها قوله ع في الامة
المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري انه يأخذ الجارية صاحبها و
يأخذ الرجل ولده بالقيمة فانه ع قد حكم بضمان الولد الذي هو من قبيل ما لا يوجد له
مماثل في غالب ماله مدخلية في المالية بالقيمة ومنها الاخبار الدالة على ضمان المعتق
لبعض العبد المشترك حصة شركائه كرواية الحلبي عن ابي عبد الله ع قال سألته
عن المملوك بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه فقال ان ذلك فساد على اصحابه فلا
يستطيعون بيعه ولا مؤاجرته فقال يقوم قيمة فيجعل على الذي اعتقه عقوبة وانما
جعل ذلك عليه عقوبة لما افسده ونحوها غيرها ومنها خبر السكوني عن ابي عبد الله ع
ان امير المؤمنين ع سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها
وجبنها وبيضها وفيها سكين فقال امير المؤمنين ع يقوم ما فيها ثم يؤكل لانه
يفسد وليس له بقاء فان جاء طالبها غرموا له الثمن ومنها الاخبار الدالة على ان
المرتهن اذا فرط في الرهن لزمه ضمانه وتراد الفضل بينهما مثل ما في رواية ابان بن عثمان
عن ابي عبد الله ع انه قال في الرهن الذي ضاع من عند المرتهن بتفريطه انه ان
استهلكه ترادا الفضل بينهما بناء على كون الغالب في الدين انه من قبيل الاثمان
والرهن من قبيل الاعيان التي لا يوجد لها مماثل في غالب ماله مدخلية في المالية وقد حكم
بضمان القيمة لذلك فتامل ومنها ما دل على ان من زرع او غرس في ارض مغصوبة
فله الزرع وعليه اجرة الارض لصاحبها وازالتهما وتخريب البناء لانه لم يحكم بان

اللازم

اللازم على الغاصب ان يسلم مثل الارض التي زرع او غرس فيها خربة بزرع او غرس فيها
المغصوب منه فيستوفي مثل المنفعة التي استوفاها الغاصب من ارضه ثم انه تعرض
لتوضيح وجه الايراد بالاخبار المذكورة فذكر انها شاملة لصورة وجود المثل العرفي في
مواردها وان التماثل الصادق فيها ولو بضميمة الاجماع على اعتبار القيمة في القيمي يقتضي
كون مراد الشارع في هذه الموارد اعطاء قاعدة لا بيان بعض الخصوصيات نظرا الى ان تخصيص
ما ذكر فيها بالذكر انما هو من باب المثال فيلزم الحكم في جميع ما هو من قبيل الموارد المذكورة
مما لم يتساو افراد صنفه بحسب الغالب في غالب ماله مدخل في المالية بالقيمة لعدم الاعتداد
بالفرد النادر وح فتخصص بها الاية فيخرج من تحتها القيميات باسرها ويبقى جميع المثليات
مندرجة تحت الاية فيحكم فيها بالمثل المعتبر عند الفقهاء دون العرف لاجماعهم على ذلك
في المثلي وان كان مقتضى ظاهر الاية هو الثاني وعلى هذا فيتضح الحال في جميع موارد الخلاف
لكونها على ما ذكرناه داخلة في المثلي او القيمي لانه اما ان يكون الشيء مما تساوى افراد
صنفه بحسب الغالب في غالب ماله مدخل في المالية فيدخل في الاول واما ان لا يكون
كذلك فيدخل في القيمي ولا يبقى اشكال ولو فرض وقوع شك في شيء من حيث كونه من قبيل
ما ذكر في موارد الاخبار المذكورة وعدمه حكم بضمانه بالمثل العرفي كما هو مقتضى الاية
على ما اسلفناه عملا باصالة الحقيقة بعد الاطلاق غاية ما في الباب انه خرج ما خرج
وهو ما لو اتفق للقيمي مماثل عرفي بحكم الاجماع وبقي الباقي ودعوى انصراف المثل في الاية
الى المماثل بحسب الصورة وان لم يكن مماثلا في القيمة لا شاهد لها اذ لا منشأ لذلك سوى
غلبة الوجود التي لا تصلح لذلك كما قرر في محله هذا ولكنك خبير بما فيه اما اولا
فلما عرفت من ان المتصرف اراد اثبات احد الامرين مرتبا ولا ينافيه الاخبار المذكورة
واما ثانيا فلان خروج شيء او اشياء من تحت الاصل لا يخرج الاصل عن كونه اصلا
فيما نحن فيه لو قيل بانه يستفاد من الاية الكريمة ان الاصل هو ضمان المثل لم يكن ثبوت

وربما يجاب بان ذلك الحكم [illegible] الفقهاء [illegible]
عند [illegible] بعض الصفات
اولا [illegible]
[illegible] بالنهار [illegible]

الضمان بالقيمة في جملة من الموارد او في القيميات تخرجا للاصل عن كونه اصلا وهو واضح ولما
ثانيا فلانه بعد الاغماض عما ذكرنا يجب حمل الاخبار المذكورة مخصصة للاية الكريمة
ان المراد بالمثل فيها انما هو مثل العرفي دون المصطلح كما اعترف به المورد وفي مقام كل دليل
على ضمان جملة من افراد القيمي الذي قلنا انه عبارة عما كان وجود المماثل له نادرا بالقيمة
في موارد خاصة فيحتاج الى استفادة جامع بينها وح تحقق الاشكال من وجهين
احدهما تحصيل ان الجامع بين الافراد المذكورة هو ما لم يكن له مماثل في الغالب
حتى يجعل الاخبار المشتملة عليها باعتبار ما استفيد منها من الجامع مخصصة للاية الناطقة
بان الضمان انما هو بالمثل تقول مطلقا ووجه الاشكال انه يحتمل ان يكون الجامع غيره
ثانيهما انه على تقدير كون الجامع ذلك لما لو فرضنا انه ذكر في اللفظ ان ما لم يكن له
مماثل في الغالب فهو مضمون بالقيمة كان ذلك من المخصص المجمل المنفصل لاختلاف
مراتب الغلبة فلا بد في مقام الشك من الرجوع الى عموم الاية بضمان المثل ومعلوم ان المثل
فيها عبارة عن المثل العرفي كما عرفت فيرجع في مقام الشك من الرجوع الى عموم الاية بضمان
المثل ومعلوم ان المثل فيها عبارة عن المثل العرفي كما عرفت فيرجع في مقام الشك الى ما
هو غير ما ذكره الاصحاب وما عليه من ضمان المثلي بالمعنى المصطلح عليه بمثله وفي القيمي الذي
هو ما لا مماثل له الا نادرا بقيمته والى مثل هذا اشار المقرر بقوله ان الاجماع على ضمان
القيمي بالقيمة على تقدير تحققه لا يجدي بالنسبة الى ما لم يجمعوا على كونه قيميا ففي موارد الشك
يجب الرجوع الى المثل بمقتضى الاية بناء على ما هو الحق المحقق من ان العام المخصص
بالمجمل مفهوما المتردد بين الاقل والاكثر لا يخرج عن الحجية بالنسبة الى موارد الشك
تنبيه لبعض من عاصرناه على ما نبه عليه المقرر من ان مقتضى اطلاق الضمانات هو الرجوع الى
ما هو المتعارف من المضمون به مثلا او قيمة ومؤدى الاية ان الاعتداء هو اخذ ما هو مماثل
في اي مرتبة كان فزعم ان مقتضاها هو المثل لكونه تفريعا عليه الاشكال في انه حيث حكمنا

بضمان

بضمان المثل بمقتضى الاية هل يلزم اجراء جميع احكام المثل عليه من الانتقال الى القيمة بعد تعذره
وكون المدار في القيمة قيمته يوم التلف او يوم المطالبة او اعلى القيم ونحو ذلك وذكر
ان عليه الاشكال بينا ومن كون الثابت بالاية هو المثل وان ما ذكر من لوازم المثلي
وضمان بين ما افادته الاية من المثل وبين ما اعتبر الاصحاب ضمن عموم جامع وجهه فقد يضمن
بالمثل بمقتضى الاية ولا يضمن به عند الاكثر لما تقدم من ان مقتضاها الضمان بالمثل حتى في
القيميات فاذا تلف ذراع من كرباس طوله عشرون ذراعا متساوية الاجزاء فمقتضى
الاية الزام المتلف بتحصيل ذراع اخر منه ولو باضعاف قيمته ودفعه الى المالك وعند الاكثر
لا تضمنونه بذلك فقد يضمن بالقيمة بمقتضى الاية وبالمثل عند الاكثر كما اذا فرض نقصان
قيمة المثل عن قيمة التالف نقصانا فاحشا فان المشهور الزام المالك بقبول هذا المثل
ومقتضى الاية عدم وجوب الزامه به لان مقتضاها اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية
كما تقدم سابقا وقد يجتمعان كما في اكثر افراد المثلي وح نقول ان مقتضى الاية
اعتبار المماثلة العرفية اعني المماثلة في الحقيقة والمالية وحيث شك في كونه مثليا او قيميا
يجب الواقع فالحكم بوجوب دفع مثله واثبات كونه مثليا بمقتضى الاية لا يوجب
اثبات لوازم المثل له لان اثباتها له انما هو بمقتضى الاجماع والمفروض كون محل
البحث مشكوكا عند العلماء في كونه مثليا او قيميا وغاية ما ثبت بالاية هو وجوب دفع المثل
واما الانتقال الى القيمة بالتعذر فيحتاج الى دليل وان نختبر سقوط ذلك بعد الفرض على فرض
من ان مراد المقرر هو ان الاطلاق ينصرف على المتعارف وان الاية مسوقة لبيان لزوم
ما هو مماثل في المرتبة لعدم توجه الاشكال اصلا اذ لقائل ان يقول ان من المتعارف
عندهم الرجوع الى القيمة حيث تعذر المثل فينطبق عليه الاطلاقات وان القيمة عند
تعذر المثل يعد مماثلا عرفا فينطبق عليه الاية فتدبر في كلامه نعم لا انطباق على
وفاء الاية كالدليل السابق عليه بالقول المشهور لان مقتضاها هو وجوب المماثلة العرفية

في الحقيقة والمالية وهذا يقتضي اعتبار المثل حتى في القيميات سواء وجد المثل فيها ام لا الظاهر
ان غرضه ره نفي وفاء الآية بنفسها بالقول المشهور والا فلا مانع من ان يقال خرجت
القيميات عن حكم الآية بضمان المماثل ابتداء بدليل الاجماع وبقي الباقي فان ذلك مما لا غبار عليه
قوله قدس سره وكذا لو تلف عليه عبد وله في ذمة المالك بسبب القرض والسلم عبد موصوف
بصفات التالف هذا الكلام مبني على صحة اقراض العبيد والاسلاف فيهم وهي كما
يظهر من قبيل المسلمات قال في الجواهر فيجوز اقراض الجواري بلا خلاف فيه بيننا كما
لا في ذلك وما عن المبسوط والخلاف لا نص لنا ولا افتاء في اقراض الجواري و
قضية الاصل الجواز ليس خلافا صريحا ارادة النص بالخصوص بل ظاهرهم او صريحهم
الجواز كما هو كذلك لاطلاق الادلة وصحة السلف فيها كالعبيد انتهى ما اردنا
ذكره من كلامه قدس سره كما يشهد به ملاحظة كلماتهم في بيع عبد من عبدين
فان الاكثر حكموا ببطلان ذلك البيع ومن اجازه فانما اجازه بالنص الوارد في باب
اتباع القاعدة قال الشيخ ره في باب السلم من الخلاف انه لو قال اشتري منك احد
هذين العبدين او هؤلاء العبيد لم يصح الشراء وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة
اذا شرط فيه الخيار ثلثة ايام جاز لان هذا غرر يسير واما في الاربعة فزاد عليها
دليلنا انه بيع مجهول فيجب ان لا يصح ولانه بيع غرر لاختلاف قيمتي العبدين
ولانه لا دليل على صحة ذلك في الشرع وقد ذكرنا هذه المسألة في البيوع وقلنا ان
اصحابنا رووا جواز ذلك في العبدين فان قلنا به تبعنا فيه الرواية ولم نقس
غيرهما عليهما انتهى وعبارته التي ذكرها في باب البيوع هي انه روى اصحابنا
انه اذا اشترى عبدا من عبدين على ان للمشتري ان يختار ايهما شاء انه جائز
ولم يرووا في الثوبين شيئا الى ان قال دليلنا اجماع الفرقة وقوله ع المؤمنون
عند شروطهم انتهى ولا ريب ان حكمهم بالبطلان انما هو من جهة عدم المماثلة والا

لصح

لصح البيع وسقط وجوب اداء المبيع عن البائع بتسليم واحد منهما ولهذا حكموا بصحة
البيع فيما اذا كان مثل ذلك في متساوي الاجزاء كقفيز من الكر وكذا فيما اذا قصد
المتبايعان بيع النصف المشاع من العبدين قال في التذكرة ويجوز ابتياع جزء من
معلوم بالنسبة مشاعا سواء كانت اجزاؤه متساوية او متفاوتة ولا يجوز ابتياع
شيء مقدر منه اذا لم يكن متساوي الاجزاء كالذراع من الثوب او الجريب من
الارض او عبد من عبدين او من عبيد او شاة من قطيع وكذا لو باع قطيعا
واستثنى منه شاة او شياها غير مشار الى عينها ويجوز ذلك في المتساوي الاجزاء
كالقفيز من كر وكذا يجوز لو كان من اصل مجهول كبيع مكوك من صبرة
مجهولة القدر انتهى فانتفاء المماثلة هو الذي يوجب جهالة المبيع وعدم
بدلية احد المحتملين عن الآخر وعدم قيامه مقامه في اسقاطه عن البائع فلا يجب
على المقر ره ان حكمهم بعدم صحة البيع للجهالة والغرر وبعدم اسقاط احدهما الآخر
امر آخر وان مقصوده هو التنافي وان ما افاده كما تقدم انما هو الاول قدس سره واما مع
عدم وجود المثل للمقبوض التالف فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل عن الذمة بالتعذر
كما لو تعذر المثل في المثلي فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلي ولا يقولون به ولا يخفى عليك
انه لا مانع من كون مقتضى الدليلين ذلك لكنه خرج ما اذا كان المثل مماثلا
للقيمي بحكم الاجماع وبقي ما لو كان مماثلا للمثلي وان عدم مصيرهم الى ضمان القيمي
يوم الدفع كالمثلي انما هو من جهة قيام الاجماع على ضمان القيمي بالقيمة وان
وجد له مماثل فلا يقدح في صحة الاستدلال بها على تقدم المثل على القيمة فيما لم يخرج
عن تحت حكمها وهو المثلي قدس سره والقيمي فلو فرض نقصان المثل عن التالف
من حيث القيمة نقصانا فاحشا فمقتضى ذلك عدم وجوب الزام المالك بالمثل
لاقتضائهما اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية مع ان المشهور كما يظهر من بعضهم الزامه

بروان قوى خلافه بعض المناسب للبيع هو ان يكون لفظ ذلك اشارة الى الدليلين وان كان ذلك
لا يخلو عن حزازة بحسب اللفظ ثم لا يخفى عليك ان المقرر بصدد بيان ان الدليلين لا ينطبقا
على المذهب المنسوب الى الشهرة ليس بصدد بيان ما هو الواقع والا فالذى تقتضيه التحقيق
ان الشهرة لو كانت محققة لم تكن حجة على احد فلا كان لنا ان نلتزم بمقتضى الدليلين من
عدم جواز الزام المالك بالمثل الذى نقصت قيمته فكيف مع كون الشهرة منقولة بل
مستظهرة لا محصلة بناء على ما لو جرح هو الالتزام بمقتضى الدليلين ثم ان لفظ الوجوب
فى كلامه ره اما سهو من قلم الناسخ او ان المراد به الجواز كما لا يخفى قوله قدس سره فى
المثالين المتقدمين وهما ما لو اتلف ذراعا من كرباس طوله عشرون ذراعا متساوية
من جميع الجهات وما لو اتلف عليه عبدا وله فى ذمة المالك بسبب القرض او السلم عبد
موصوف بصفات التالف قوله قدس سره وقد ينعكس الحكم كما فى المثال الثالث وهو ما لو
نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة لان المذهب المشهور هنا على ما استظهره
من بعضهم الزام المالك المثل ومقتضى الدليلين عدم الزامه به وقد كان مقتضى
المذهب المشهور فى المثالين عدم ثبوت المثل ومقتضى الدليلين ثبوته فيهما قوله قدس سره
وقد يحتملان المضمون به كما فى اكثر الامثلة تثنية الضمير فى قوله ره يحتملان باعتبار
عد الدليلين شيئا واحدا فى طرف الاحتمال وكون المذهب المشهور طرفا اخر واراد
باكثر الامثلة اكثر الامثلة الواقعية للضمان ولم يرد به الاشارة اذ ذكرها فى كلامه قدس سره فى
فى حاصل الكلام ان ما اجمع على كونه مثليا يضمن بالمثل مع مراعاة الصفات التى تختلف
بها الرغبات وان فرض نقصان قيمته فى زمان الدفع او مكانه عن قيمة التالف بناء على
تحقق الاجماع على اهمال هذا التفاوت فهذا بيان لحاصل ما يترتب على البناء على الدليلين
اللذين ذكرهما من تفصيل الحال فى حكم موارد التعيين البقية موارد الخلاف
الذى احوجه الى هذا التفصيل هو انه زعم ان التعاريف للمثلى مختلفة بحسب المعنى و

مجرد

مجرد التعيين وقد عرفت خلاف ذلك وان الجميع ناظر الى معنى واحد وان المماثلة عبارة عن
المماثلة فى جميع ما له مدخل فى مالية الشىء وهو امر مبين لا اجمال فيه الا ان تتفق الاجمال
فى المصاديق فيرجع الى اهل الخبرة كما هو الشأن فى سائر الموارد وانما قيدنا قوله ره بناء على
اهمال هذا التفاوت لان مقتضى الدليلين هو المثل الذى هو عبارة عن المساوى فى الاوصاف فاذا
وفى مقدار المالية ولازم هذا ان ذلك المثل بخصوصياته يتعين الدفع مثلا يوم الدفع
تعذر دفعه بتلك الخصوصيات التى منها القيمة انتقل فى ذلك الوقت الى القيمة فيه ويكفى لما
قام الاجماع على اهمال التفاوت المذكور صار مقتضيا للمثلية والدليل المشار اليه قوله قدس سره
الى الخبر الوارد ان اللازم على من عليه دراهم واسقطها السلطان وروج غيرها هى
الدراهم الاولى ومرتبة المنفى حيث ذكرها العلامة قدس سره وكما يظهر من التذكرة ووصفها
بالصحة قال قدس سره وقد روى يونس فى الصحيح قال كتبت الى ابى الحسن الرضا عليه السلام انه كان لى على رجل
دراهم وان السلطان اسقط تلك الدراهم وجائت دراهم اعلى من تلك الدراهم ولهم اليوم
وضيعة فاى شىء لى عليه الاولى التى اسقطها السلطان او الدراهم التى اجازها السلطان
فكتب لك الدراهم الاولى وفى الصحيح عن صفوان قال سئله معوية بن سعيد عن رجل
استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم او تغيرت ولا يباع بها شىء الصاحب
الدراهم الاولى او الجائزة التى تجوز بين الناس فقال لصاحب الدراهم الدراهم الاولى فى
فتأمل لعله اشارة الى دفع توهم ان الخبر الذى اشار اليه معارض وهو خبر موصوف
بالصحة كما فى الجواهر وهو قوله عليه السلام لك ان تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما اعطيته ما ينفق
الناس يومئذ لانه وان كان صحيحا الا انه ليس فى مقام المعارضة للصحيحين لعمل عليهما
جماعة كثيرة من جهة العمل وانطباقهما على القاعدة وحمل الاخير على الصدوق
فيما حكى عنه فى المقنع بل هو رواه الا انه لم يعمل به فى غيره وقد حكى العلامة فى التذكرة انه عقيب رواية
يونس كما ان شيخنا محمد بن الحسن ... وحكى فى انه الدراهم التى تجوز بين الناس وانه ...

منفقا غير مختلفين فيه كان للرجل على الرجل دراهم بنقد معروف فليس له الا ذلك النقد ومن كان
له على رجل دراهم بوزن معلوم بغير نقد معروف فانما له الدراهم التي تجوز بين الناس
انه اشارة الى ان الخبر الذي اشار اليه ليس له دخل عظيم في المقام لان المعتبر عند اعتبار مراعات
الصفات التي تختلف بها الرغبات او تحقق مجرد نقص القيمة والدراهم التي اسقطها السلطان
فانها المرغوبية والرواج كما هو مقتضى دلالة لفظ الاسقاط وقد اشار في الصحيح الثاني الى ما هو
اوضح مما ذكرنا حيث قال وسقطت تلك الدراهم او تغيرت ولا يباع بها شيء وعلى هذا فقد خرجت
الدراهم عن كونها مماثلة لما اخذه واشتغلت به ذمته وقد اشار الى اعتبار المرغوبية
في المماثلة في الصحيح الاخير حيث قال لك ان تاخذ منه ما ينفق بين الناس كما اعطيته
ما ينفق بين الناس فانه افاد ان له اخذ ما هو مماثل لما اعطاه في الانفاق بين الناس و
المرغوبية قوله ما شك في كونه قيميا او مثليا يلحق بالمثلي مع عدم اختلاف قيمة المدفوع
والتالف ومع الاختلاف يلحق بالقيمي فقد يورد عليه ان المستفاد من هذا التفصيل ان الكلام
في الاية من غير واقعية بان مقتضاها انما هو اعطاء المثل وهو انما يتم فيما تحقق فيه مثل واما
ما لم يتحقق كونه مثليا فلا يأتي منها شيء بالنسبة اليه فضلا عن كونها ناطقة بالتفصيل وان كان
هو احد عمومها فانه من المعلوم عدم قيام عليه والجواب ان هذا مبني على ما ذكره من الاطلاقات فان
مقتضاها هما ذلك وبيانه انه ذكر في الدليل الاول على القاعدة المستفادة من اطلاقات
الضمان ان مقتضاه مراعاة الاقرب فالاقرب في المثل الاقرب الى التالف من حيث المالية والصفات
ثم بعد قيمة التالف اقرب من حيث المالية وعلى هذا ينطبق الحكم في مورد الشك في القيمي فانما
في مثليته مع مساواة البدل الموجود في القيمة تكون اقرب الى التالف من نفس القيمة ضرورة انه
مع مساواته له في المالية قد وجد فيه من توافق الاوصاف ما اشتبه الامر فيه من جهة كونه مثليا
او قيميا ونفس القيمة مغايرة للتالف في الاوصاف قطعا فيكون البدل المذكور اقرب الى التالف فتعين
فيجب دفعه بمقتضى تلك القاعدة واما في صورة الاختلاف في القيمة فلا شك في ان البدل المذكور منها بالتمام

الى

التالف قطعا مع وقوع الشك في المثلية فتكون القيمة المساوية للتالف في المالية ازيد من البدل
له في مجرد الصفات وعند العقلاء بالقيمة حينئذ فلو فرضنا ان قيمة البدل مع مثليته في الصفات
او لم يرض المالك باخذه بدلا قطعا واخذ القيمة ولو فرضنا انه رضي به عد عند اهل العرف بالكلية
من قبيل السفهاء او الجهال وكذا الحال لو فرض ان قيمة البدل ان يسود فعن المتلف الى المالك مع
تمكنه من دفع القيمة فيلو حرز عنه انه اعطى ما في يده على حقه الان يكون التفصيل دينه
القرينة هذا الكلام بالنسبة الى الدليل الاول واما الاية فان مقتضاها المثل العرفي واهل العرف قطعا
يعدون البدل المساوي للمشكوك المثلية مثلا تغليبا للجانب المالية وكون المساواة فيها
وكون المثلية مشكوكة الاولى وكان نوى ان مقتضى الاية انما هو مراعاة الاقرب فالاقرب وفي
في تطبيقها على ما ذكره المصنف في الدليل الاول ثم انه ذكر بعض من تاخر ان ما افاده
المصنف هنا انما يتم لو قلنا بان اية الاعتداء انما تثبت مجرد الضمان بالمثل حتى لو ارتفع
مثلا انه اذا تلف المثل في الذمة ثم تعذر في وقت من الاوقات انتقل الى قيمة ذلك المثل في ذلك
الوقت والاية محتملة للامرين فيحتمل ان يكون المراد بها اثبات جميع ما هو من احكام
المثل بل نقول ان الظاهر منها ذلك ويدفع ما تقدم لان اية الاعتداء كالاطلاق على ما ذكرنا في
المقدمة تفيدان اللازم هو الخروج عن عهدة التالف بما هو اقرب اليه كما صرح به فيما
من كلام صواف اقرب الى التالف فهو ما شك في كونه مثلا له مع تساوي القيمتين فتدبر
قوله فتامل الظاهر انه اشارة الى الامر بالتدبر في وجه الفرق حتى لا يتوهم التنافي بين
ما ذكره هنا من التفصيل في اتفاق قيمة المدفوع والتالف واختلافهما وبين ما تقدم
منه سابقا من ان مقتضى الاية والدليل السابق وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة
والمالية ووجه اندفاع توهم التنافي هو ان ذلك انما هو فيما اذا تحققت المثلية و
هذا التفصيل انما هو في صورة الشك في تحقق المثلية من جهة عدم انعقاد الاجماع
على مثليته ولا في الجمع على قيميته ولا ريب ان الاقرب هو ما افاده على التفصيل المذكور ولا

في صورة الاختلاف في القيمة مثلا كان تعين البدل
الى التالف في القيمة بالنسبة
التالف

توهم النقض وتوهم التنافي بين هذا التفصيل وبين ما ذكره قبل التعرض لبيان حاصل الكلام من أن
في موارد الشك يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق من عموم الآية نظرا إلى أن العام
المخصص بالمجمل مفهوما حجة في موارد الشك لأن ما ذكره هنا بيان للمثل المذكور هناك
على ما عرفت من بيان الذي ادعاه صاحب الخامس في كتبه ووجه عموم النص والفتوى
بوجوب المثل في المثلي الظاهر أنه ره أراد بعموم النص عموم آية الاعتداء واستدل بعض من تأخر
بعد التأمل في ظهور دلالة الآية بالإجماع الذي استظهر من عدم الخلاف وبأن الحكم بعدم وجوب
الشراء على الغاصب يستلزم الضرر على المالك ثم دفع توهم أن ضرر المالك معارض
بضرر الغاصب فيصير المقام من تعارض الضررين بأن ذلك الضرر أقدم هو عليه
فلا يعارض ضرر المالك واستشهد على ذلك بأنهم حكموا بأن رد العين المغصوبة العين
التالفة لو توقف على مؤنة كثيرة تزيد على أضعاف قيمتها لو كان المغصوب عينا تساوي درهما
وكان المالك في أقصى البلاد بحيث يتوقف إيصالها إليه على صرف ألف درهم وجب على الغاصب
إيصالها إليه وتحمل المؤنة المذكورة في كلامه ولكن الأقوى مع ذلك وجوب الشراء وفاقا
للتحرير كما عن الإيضاح والدروس وجامع المقاصد بل إطلاق السرائر ونفي الخلاف
المتقدم عن الخلاف لعين ما ذكر في الصورة الأولى وهو إطلاق النص والفتوى وأما
ما ذكره ره مما يمكن أن يستدل به لاختيار عدم وجوب الشراء من قوله يجب بذل
ما يريد مالكه بإزائه ضررا عرفا بعد تسليم تقريره بأن هذا الضرر على الغاصب ليس من
قبيل ما هو المقتضي في الأحوال من تفاوتها بحسب القيمة السوقية المتعارفة بحسب الأوقات
والأحوال ففي الحقيقة هذا الضرر قد توجه إليه من ظلم مالك المثل في تعديه عن ثمن المثل
وأنه عند التحقيق لا ظلم في الصورة الأولى بخلاف هذه الصورة ووجه الفرق طريقة
العقلاء وتفاوت أغراضهم في مقاصدهم بحسب المقامات ألا ترى أن كل من وجد المتاع
يباع بالقيمة السوقية لا يشق عليه شراؤه وإن كانت زائدة على القيمة المتعارفة في

سائر

سائر الأزمنة بخلاف من وجد عند من يبيعه بأزيد من القيمة السوقية اليومية بشيء يسير فإنه
لا يقدم على شرائه أصلا ولا يعد ذلك ضررا بخلاف الثاني فإنه يعد ضررا وإن لم يصرف
ماله إلا كثيرا في الأعراض في أخيلتها بالطوع والرغبة لو تلف منه درهم بضياع أو سرقة لعدّ ذلك
ضررا وليس ذلك إلا لتفاوت المقامات في فوات المال ونفوسهم ولبعث العرف على الفرق
بقلة مقدار المال الفائت وكثرته فجوابه أن هذا ضرر قد تسبب هو له وأقدم عليه فلذا
عليه الضمان وأما ما ذكره من الطرف الآخر للتردد وهو أن الموجود بأكثر من ثمن المثل
كالمعدوم كالرقبة في الكفارة والهدي فيدفعه أن إلحاق ذلك بالمعدوم يحتاج إلى
دليل وليس هذا من قبيل الأفراد النادرة للمطلقات حتى تنصرف إلى ما عداه وأما حكم
الرقبة والهدي عليه فقياس لا نقول به لثبوت الحكم فيهما بالدليل بخلافه وأما ما ذكره
من أنه يمكن معاندة البائع وطلب أضعاف وهو ضرر فيدفعه مع كونه أخص من
المدعى إذ قد يكون الداعي لطلب البائع زيادة القيمة لغرض معتبر عند العقلاء
ما عرفت من أنه ضرر قد تسبب هو له وأقدم عليه هذا وقد يقال في هذه الصورة بعدم
وجوب الشراء فيدفع القيمة استنادا إلى أن دليل الحكم بوجوب المثل في المثلي إنما
هو الإجماع دون آية الاعتداء لعدم ظهورها حتى يجري حكمها في صورة عدم وجود
المثل إلا عند من يبذله بأعلى من ثمن مثله كما هو مفروض المقام ولا إجماع هنا لمكان
الخلاف ولم يثبت قبل هذا اشتغال ذمته بالمثل حتى يستصحب في مورد الشك ومع
ذلك أن الحكم بالشراء على طلب البائع من الزائد على ثمن المثل مستلزم للضرر على
الغاصب وهذا مما لا يحلف به ثم إن ذلك القائل بين الفرق بين هذا الضرر
والضرر في الصورة الأولى وهي ما لو كانت الزيادة بسبب ارتفاع القيمة
السوقية على الوجه الذي بيناه ثم قال إنه لو وقع الشك في ذلك من جهة الخلاف
وعدم ظهور الأدلة في شيء من الطرفين فمقتضى الأصل براءة ذمته من وجوب

[illegible]

السراء وابيع ما ذكره بانه لا يجب تحصيل المثل لو وجد في خارج البلد فان ذلك مبني على ان
انما هو بحسب المتعارف وانت خبير بانه لو كان المثل موجودا في حال التلف في خارج
الا عند من يبيعه بازيد من ثمن المثل جرى استصحاب بقائه في ذمته من دون اشكال
وان ما ذكره اخيرا من ان المرجع هو اصل البراءة عند الشك ممنوع لتحقق الاشتغال
بحق الغير ولا يحصل الفراغ الا برضا المالك فيلزمه ارضاؤه باي وجه كان وقد اعترف
القائل عندنا تاسيس الاصل بذلك وقد لا يرضى المالك الا بالمثل ومع رضاه
بالقيمة فلا كلام وهو ظاهر السادس لو تعذر المثل في المثلي فو كسر لو تعذر
المثل في المثلي فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك اعلم ان الكلام
هنا يقع من جهتين احديهما في الحكم الوضعي يعني ان حق المالك هل ينقلب من
المثل الى القيمة والاخرى في الحكم التكليفي بمعنى ان دفع الحق الذي هو القيمة هل يجب
ولازم هذا انه يصير فاسقا عند التاخير لو كانت العين مقبوضة بالبيع الفاسد
ولم يكن تلفها باي جنب الفسق لو لا قبض المبيع بالبيع الفاسد وتبطل صلوته مثلا
لو اخر على القول بان الامر بالشيء يقتضي النهي عن ضده فيما ذكره فيما لو كانت
مغصوبة اما الثانية فلا ريب ولا اشكال في ان الحكم فيها هو الوجوب وان
التاخير محرم فلو اخر عصى الا ان يرضى المالك به وان الغصب ليس مثل الدين
من جهة ان دفع الدين غير واجب ما لم يطالبه المستحق وانما يتحقق الوجوب عند
مطالبته بلسان المقال او بلسان الحال كما قالوا في وجوب اداء الزكوة الى الفقراء
فورا وكون التاخير معصية من جهة ان مستحقيها مطالبون بها بلسان
الحال حيث انهم محتاجون اليها واما المغصوب فالغاصب مامور برده ابتداء
فيجب عليه رد عينه مع بقائها ثم رد مثله ان كان مثليا او رد قيمته ان كان قيميا
او تعذر المثل واما المقبوض بالبيع الفاسد فان قلنا بحرمة التصرف فيه كما قال العلامة

انما المحرم من مجمع الفائدة كان امساكه مما يكون نوعا من التصرف وان قلنا بعدم حرمة
التصرف فيه كما قاله في المسالك من كونه في حكم المغصوب الا في ارتفاع الاثم عن امساكه
لم يجب رده الا بعد المطالبة فهو يفارق المغصوب على قول ويزن اخرى فقد تحصل مما
قررناه ان الغاصب مامور بتفريغ ذمته سواء طالب المالك ام لا من دون فرق بين
بقاء العين المغصوبة وعدمه ووجود المثل وعدمه المقتضي للانتقال الى القيمة فيلزمه
اداء الحق على حسب المراتب فيلزمه المبادرة الى الاداء ما هو الاقرب فالاقرب في بخلاف
المديون فانه ان طالب الدائن وجب الفور بالاداء والا فلا والفرق ان الغاصب ظالم
اشتغلت ذمته بحق المظلوم فيجب عليه رفع ظلمه عنه بخلاف المديون فانه ليس ظالما الا اذا
امتنع من الاداء مع المطالبة والقدرة واما الاولى اعني انقلاب حق المالك من المثل الى
القيمة بعد تعذر المثل فلا اشكال فيه في الجملة ولو مع مطالبة المالك وعدم رجي المثل
اصلا فانه وان كان مخالفا للاصل من جهة ان مقتضاه عدم سقوط حقه من الاصل
بالتعذر كما لا يسقط الدين بتعذره اذا كان مثليا الا انه يدل عليه وجوه احدها الاجماع
فانه وان لم نجد مصرحا به الا انه يظهر من رسائلهم لذلك ارسال المسلمات وثانيها
ان منع المالك ظلم وثالثها قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقد بينها
المقررة ثم ان الانتقال فيهما من المثل الى القيمة انما هو في حال الدفع سواء مضى بالتاخير
ام دفعها في حال تعذر المثل ابتداء وعلى التقديرين يلزم قيمة يوم الدفع والتعبير
بحال المطالبة كناية عن حال الدفع نظرا الى كون الغالب اقتران الدفع والاقتران بالمطالبة
لا دخل لها في الانتقال من المثل الى القيمة وتقييد المقررة بقوله مع مطالبة المالك ان
كان لتقييد الحكم التكليفي الذي هو الواجب حتى لا يحرم التاخير عند عدم مطالبة
المالك فقد عرفت ما ذكرنا انه غير صحيح بالنسبة الى المغصوب وكذا بالنسبة الى
المقبوض بالبيع الفاسد على القول بحرمة امساكه وان كان صحيحا على القول بعدمه حتى

اصالة كم لما هو الظاهر اذ لا دليل عليها والفرق بينه وبين المغصوب واضح لكون التلف
ظالما بالتلف دون الاول لانه قبضه باذن من المالك وطيب نفس وغاية ما هناك
انه قبضه بعنوان التمليك فلم يحصل من جهة فساد سببه الذي هو البيع فلا يكون
ظالما في قبضه ولذا في اصالة كم الا ان يعلم ان المالك يكره بقائه عنده بعد علمه بفساد
البيع وان كان لتقييد لحكم الوضع الذي هو الانتقال الى القيمة المدلول عليه
في كلامه بدفع القيمة فهو صحيح واذ قد عرفت ذلك فنقول انه ذكر بعض من تاخر
ان الفقهاء رض عبروا بوجوب القيمة عند تعذر المثل وظاهره ان مجرد تعذر
المثل يوجب تحقق الوجوب الذي هو من الاحكام التكليفية وان الازم
هنا هو اجبار المالك على الاخذ والرضا باسقاط حقه من المبادرة الى ادائه
والفورية ثم ذكر ان المصنف ره وصاحب الجواهر ره حكما بعدم الوجوب الا مع مطالبة
المالك استنهضا بكلام العلامة ره في التذكرة يعني ما ذكره المصنف ره وكلام فخر
المحققين ره في الايضاح ثم اورد عليهما بان وجوب اداء القيمة يثبت
بمجرد تعذر المثل فورا كما يجب اداء المثل عند وجوده فورا واداء العين
في حال بقائها كذلك وليس الوجوب منوطا بمطالبة المالك فان حكم الغصب مقابل
للدين وان لازم ما ذكره هو عدم جواز الزام المغصوب منه بالاخذ
واورد ايضا بان ما ذكره العلامة ره في العبارة المذكورة انما هو بيان وقت
الانتقال من المثل الى القيمة وهو حال الدفع وذلك اجنبي عن جواز تاخير الغاصب
او وجوب دفع القيمة فورا فان من يقول بوجوبه فورا ايضا يقول الواجب في
بقاء المثل في الذمة لزوم قيمته يوم الدفع وانه اثم بالتاخير مع عدم رضا
المالك وانت خبير بان ما ذكره غير حجة على المصنف ره لانه ليس بصدد بيان
الحكم التكليفي الذي هو وجوب المبادرة وليس غرضه ره الا بيان الحكم الوضعي

والتعبير

والتعبير بوجوب دفع القيمة انما هو من باب تحقق الملازمة بينه وبين الحكم الوضعي و
التقييد بقوله مع مطالبة المالك انما هو لافادة ان الحكم الوضعي وهو الانتقال الى
القيمة انما هو عند المطالبة والا فالمثل باق في الذمة لا يتبدل بغيره وما ذكرناه من
الحكم انما هو الذي يلزمه الزام المالك بقبول القيمة دون الحكم التكليفي الذي هو
وجوب المبادرة الى الاداء اذ لا منافي لما بين المصنف ره انه يجب ان تكون اداء
القيمة واجبا على الغاصب فورا ولا يلزم المالك قبوله ولا ان يصبر فيسقط الفور عن
الغاصب واما اذا كان وظيفة الغاصب اداء القيمة فلو لم يلزم المالك قبولها لزم
التعاسر الذي من شان الشارع رفعه عما بين الناس فلا يجوز منه احداثه وكما
ذكرنا عبر المصنف ره في مقابل قوله فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك
بقوله واما مع عدم مطالبة المالك فلا دليل على الزامه بقبول القيمة ولم يقل فلا دليل
على وجوب دفع القيمة وعبارة العلامة ره منطبقة على ما رامه المصنف ره مفيدة لما
قصده الاستشهاد بها عليه والتاييد بما في باب القرض انما هو في محله فافهم بقي هيهنا
شيء وهو ان المصنف ره لم يقيد القيمة بكونها قيمة المثل او قيمة العين التي يكون المثل
بدلا عنها حتى يبقى مجال للتحقيق في مباني الاحتمالات لما ستعرف ذلك في كلامه ره
انشاء الله تعالى فيما سياتي فلنتامل اشارة الى ان التعبير بيوم المطالبة انما يجب ان يكون المراد
به يوم الدفع ضرورة ان المطالبة بمجردها لا تصلح سببا لانتقال الحق من المثل الى
القيمة في ذلك والا لزم الانتقال الى قيمة يوم المطالبة فيما لو طالب فلم يقدر من عليه
الحق على الاداء او عصى حتى الى ان زادت القيمة او نقصت بمعنى عدم اجزاء
غيرها وليس كذلك فالتعبير بيوم المطالبة انما هو بالنظر الى الغاصب الذي هو
الجاد من يوم الدفع من جهة تعقب الدفع لها غالبا ويشهد بهذا انه ره قال
عقيب قوله وحاصل جميع الاحتمالات في المسالة انا ان نقول باستقرار المثل في الذمة

الى اوان الفراغ منه بدفع القيمة وهو الذي اخترناه تبعا للاكثر من اعتبار القيم عند
الاقباض فالحاصلان يوم المطالبة ويوم الدفع وان كانا امرين متغايرين بحسب
المفهوم وقد قيل باعتبار كل منهما قائل من العامة كما ستعرف انشاء الله في عبارة التذكرة
الا ان مراد المقدس مما ذكرناه في كتبه من ذلك ان نرجع الى حكم المسئلة لا يخفى عليك
ان البحث عن ان اللازم هو قيمة يوم الدفع او قيمة يوم تعذر المثل او غير ذلك
ليس بحثا عن حكم المسئلة وانما هو بحث عن موضوعها ولعل مراده عدم تعيين
القيمة بالحكم باعتبار تفريعه على ما ذكره من وجوب ما تعذر المثل فافهم قوله في كتبه
ان المشهور ان المعتبر في قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع اعلم ان الاحوال التي يحتمل
اعتبار قيمة المثل المتعذر بالقياس اليه خمسة يوم الغصب ويوم تلف المغصوب ويوم تعذر
المثل ويوم المطالبة ويوم الدفع وللعامة في المسئلة وجوه واقوال بازاء ذكرها
الاتم وليس فيما بين فقهائنا الا قولان احدهما ان المعتبر في قيمة المثل المتعذر قيمة
يوم الدفع وثانيهما ان المعتبر قيمة وقت تعذر المثل في كتبه ثم ان في المسئلة احتمالات
اخر ذكر اكثرها في عد كما ذكر المقدس في ليني في المسئلة ليس لفقهائنا غيرهما العلامة حتى
للاحتمالات الجارية في المقام فذكر ان اكثر الاحتمالات الاخر مذكورة في القواعد وذلك
لا جميع ما ذكره المقدس في ذيل قوله وحاصل جميع الاحتمالات في المسئلة المتضمن لذكر
القولين المذكورين وغيرهما ثمانية احدها ما اخترناه وهو ثلثة على تقدير القول بان
المثل المتعذر في الذمة صار قيميا واحتمالان على تقدير القول بان التالف انقلب
قيميا واحتمالان على تقدير القول بان المشترك بين العين والمثل صار قيميا ولم
يذكر العلامة في عد القول الثاني من القولين المذكورين في عداد الاحتمالات حتى
الخمسة التي ذكرها وبعد افراده وافراد القول الاول الذي هو مختار المقدس يبقى
الاحتمالات ستة وهي الاحتمالات المغايرة للقولين المذكورين وقد ذكر في عد خمسة

منها

منها ومعلوم ان الخمسة اكثر من الستة هذا واما عبارة القواعد التي اشار اليها المقدس في
ما ذكره العلامة فيها انه قال ولو تلف المثلي في يد الغاصب والمثل موجود فلم يغرمه
حتى فقد فقيل القيمة المعتبرة في احتمالات الاول اقصى قيمته من يوم الغصب الى التلف ولو
اعتبار بزيادة قيمة الامثال الثاني اقصى قيمته من وقت تلف المغصوب الى الاعواز
الثالث اقصى القيم من وقت الغصب الى الاعواز الرابع اقصى القيم من وقت الغصب
الى وقت دفع القيمة الخامس القيمة يوم الاقباض انتهى قوله وحاصل جميع
الاحتمالات في المسئلة التقييد بقوله في المسئلة يعطى انه قصد بيان جميع ما يتمشى من
الاحتمالات في هذه المسئلة والظاهر انه لم يحضره كتاب الغصب من التذكرة عند
تحرير هذا المقام وان فيه قد تضمن ذكر احتمالات لم يذكرها هو ثم ويدل على عدم
حضورها عنده قوله ثم بعد احتمال الاعتبار بالاعلى من يوم الغصب الى دفع المثل
وجهه في محكى التذكرة وقوله ثم في تفسير اعواز المثل ثم ان المحكى عن التذكرة ان
المراد باعواز المثل آه ضرورة انه لو كان قد عثر عليه هو بنفسه لم يكن لاقحام لفظ
المحكى وجه ونحن نذكر عبارة التذكرة بعينها رعاية لاثبات حق المقال وتسهيلا
لمن اراد الاطلاع على ما لم يجر ذكره في كلام المقدس فنقول قال فيها اذا غصب عينا
من ذوات الامثال وتلفت في يده او اتلفها والمثل موجود فلم يسلم حتى فقد اخذت
منه القيمة لتعذر المثل فاشبه غير المثلي والمراد من الفقد ان لا يوجد في ذلك البلد
وما حواليه فاذا لم يقبض القيمة وقت الاعواز حتى مضت مدة تختلف فيها القيمة
وجب عليه القيمة يوم الاقباض لا يوم الاعواز ولو اعوز فحكم الحاكم بالقيمة
فزادت او نقصت لم يلزم ما حكم به الحاكم وحكم بالقيمة وقت تسليمها لان
الثابت في الذمة انما هو المثل وقال بعض الشافعية يكون له المطالبة بقيمة يوم القبض
ولا اعتبار بحكم الحاكم وللشافعية في القيمة المعتبرة عشرة اوجه احدها انه اقصى

قيمته من يوم الغصب الى يوم التلف ولا اعتبار بزيادة قيمة امثاله بعد تلفه كما في المتقومات
المثل جار في الوجوب مجرى المغصوب فاذا تعذر صار بمنزلة تلف المغصوب والمغصوب
اذا وجبت قيمته وجب اكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف وثانيها انه اقصى قيمته
من وقت تلف المغصوب الى الاعواز لان المثل هو الواجب الا انه لما فقد تعذر
الوصول اليه فينظر الى قيمته من وقت وجوبه الى التعذر ويبتنى هذان الوجهان
على ان الواجب عند اعواز المثل قيمة المغصوب لانه الذي تلف على المالك او قيمة
المثل لانه الواجب عند التلف وانما رجعنا الى القيمة لتعذره وفيه وجهان لبعض
الشافعية ان قلنا بالاول اعتبرنا الاقصى من الغصب الى وقت تلف المغصوب
لان المثل لم يجب الى وقت الانقطاع والاعواز وثالثها وهو الاصح عندهم القيمة
المعتبرة اقصى القيم من يوم الغصب الى يوم الاعواز لان وجود المثل كبقاء عين
المغصوب من حيث انه كان مامورا بتسليم المثل كما كان مامورا برد العين
فاذا لم يفعل غرم اقصى قيمته في المدتين كما ان المتقومات تضمن باقصى قيمتها في هذه
المدة ولا نظر الى ما بعد انقطاع المثل كما لا نظر الى ما بعد تلف المغصوب من
المتقوم ورابعها اقصى القيم من وقت الغصب الى وقت تغريم القيمة والمطالبة
بها لان المثل لا يسقط بالاعواز الا ترى ان المغصوب منه لو صبر الى وجدان المثل
ملك المطالبة به وانما المصير الى القيمة عند تغريمها وخامسها انه اقصى القيم من
وقت انقطاع المثل واعوازه الى وقت المطالبة بالقيمة لان الاعواز وقت الحاجة
الى العدول الى القيمة فيعتبر الاقصى من يومئذ وسادسها انه اقصى القيم من وقت
تلف المغصوب الى وقت المطالبة لان الضمان يومئذ يجب وسابعها ان الاعتبار بقيمة اليوم
الذي تلف فيه المغصوب وثامنها ان الاعتبار بقيمة يوم الاعواز لانه وقت العدول
الى القيمة وتاسعها وبه قال ابو حنيفة وهو الثاني ان الاعتبار بقيمة يوم المطالبة لان

الاعواز لا يظهر ولا يتحقق وقد يبدل لفظ المطالبة والتغريم بالحكم بالقيمة والمرجع بهما الى شيء
واحد وعاشرها انه ان كان منقطعا في جميع البلاد فالاعتبار بقيمة يوم الاعواز وان فقد في
تلك البقعة فالاعتبار بقيمته يوم الحكم بالقيمة وقال بعضهم المعتبر قيمته يوم اخذ القيمة
لا يوم المطالبة ولا يوم التلف وقال ابو حنيفة الاعتبار بقيمة يوم المطالبة والقضاء وهو
الوجه عندي وقال احمد بالوجه الثامن ولو غصب مثليا فتلف والمثل مفقود فالقياس
ان يجب على الوجه الاول والثالث اقصى القيم من يوم الغصب الى التلف وعلى الثلاثة
والسابع والثامن قيمته يوم التلف وان يجيء الرابع والسادس والتاسع بحالها وعلى
الخامس اقصى القيم من يوم التلف الى يوم التغريم ولو اتلف مثليا على انسان من غير غصب
واثبات يد عليه وكان المثل موجودا فلم يسلم حتى فقد فعلى الوجه الاول يجب قيمته
يوم الاتلاف وعلى الثاني والثالث اقصى القيم من يوم الاتلاف الى الاعواز وعلى
الرابع من يوم الاتلاف الى التقويم والقياس مجيء الوجوه السابقة ولو اتلف والمثل
مفقود فالقياس ان يجب على الوجه الاول والثاني والثالث والسابع والثامن قيمته
يوم الاتلاف وعلى الرابع والخامس والسادس اقصى القيم من يوم الاتلاف الى يوم
التغريم وعلى التاسع قيمته يوم التغريم وعلى العاشر ان كان منقطعا في جميع البلاد
وجب قيمته يوم الاتلاف والا فقيمته يوم التغريم ومهما غرم الغاصب او المتلف
القيمة لاعواز المثل ثم وجد المثل هل للمالك رد القيمة وطلب المثل الاقرب المنع
لبراءة ذمة الغاصب باداء بدل المثل فلا تعود الذمة مشغولة بالمبدل كما لو صام الفقير
عن الكفارة ثم استطاع العتق بخلاف ما لو غرم قيمة العبد ثم وجد لان القيمة ليست
بدلا عن العبد حقيقة وانما هي ماخوذة للحيلولة ولان العبد عين حق المغصوب منه
والمثل بدل حقه ولا يلزم من تمكين المالك من الرجوع الى عين حقه تمكينه من الرجوع
الى بدل حقه انتهى قوله وله ان يقول بصيرورته قيميا عند الاعواز كما في الاول

في التعبيرات نقول واما ان نقول بالانتقال الى القيمة عند الاعواز ذلك لان الضمير المنفصل اليه
اما ان يعود الى المثل كما هو الظاهر من سياق العبارة او الى المغصوب وعلى كل من التقديرين لا يخلو
لاجل الاحتمال التي فيه من القول بان المثل ينقلب قيميا والقول بان المغصوب انقلب قيميا لان
ذلك مثل تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره بل هو عينه في المعنى واما ما ذكرناه من الانتقال الى
القيمة فهو معنى امر عام صالح لان يذكر في مقابل استقرار المثل في الذمة الى اوان الفراغ
قابل لاجل الاحتمال الذي المذكور فيه ويمكن توجيه العبارة بان يقال ان الضمير يعود
الى المثل وان المراد بصيرورة المثل قيميا معنى عام وهو تبدله بالقيمة اعم من ان تكون
القيمة بدلا عنه بنفسه او بدلا عما هو بدل عنه وبهذا المعنى قابل للتقسيم الى القسمين
فتدبر قوله سلمه الله فاذا حصل كذلك فاما ان نقول ان المثل المستقر في الذمة قيمي اه محصله
ان المثل المستقر في الذمة انقلب قيميا بتعذر عينه ولهذا قابله بقوله واما ان نقول
ان المغصوب انقلب قيميا بعد ان كان مثليا وهذا وان كان خلاف ظاهر
الجملة الاسمية التي هي اسم ان وخبرها وغير ملائم للفظ لو في قوله يعني انه لو تلف
وجب قيمته الا انه هو المراد قطعا كما لا يخفى على من التفت الى المقصود بالكلام وتامل في
قوله واما ان نقول بصيرورته قيميا عند الاعواز وقوله فاذا صار كذلك فان لفظ ٢ ما هو ج
الصيرورة لم يكن على ما بيناه قوله سلمه الله فان جعلنا الاعتبار في القيمي بيوم التلف كما هو
احد الاقوال في المسألة اعلم انهم بعدما حكموا في القيمي بضمان القيمة اختلفوا
في القيمة المضمونة ان اختلفت بحسب الازمنة على اربعة اقوال احدها ان المضمون قيمته
يوم الغصب وحكي القول به عن موضع من ط واختاره المحقق في النافع ونسبه في لعه
الى الاكثر وان انكر صحة النسبة في جمع وثانيها ان المضمون قيمته يوم التلف وحكي
القول به عن القاضي والعلامة في كف وفي جمع انه المشهور المدعى وحكي الى الاكثر وثالثها
ان المضمون اعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف وحكي القول به عن الشيخ في الخ

في ئة وف وموضع من ط وابن حمزة وابن ادريس وغيرهم وفي جمع انه عن كف والتنقيح
وصفه بانه اشهر ورابعها ان المضمون اعلى القيم من حين الغصب الى حين الرد وحكي القول
به عن المحقق ثم في احد قوليه عن الحلي المحقق البهبهاني في حاشية الارشاد ٣ قوله سلمه الله لان اول
ازمنة وجوب المثل في الذمة المستلزم لضمانه بقيمته عند تعذره اه الى وجه تطبيق ما يحكى فيه
على القول باعتبار زمان الضمان لان ضمان المثل الذي هو قيمي بالفعل انما تحقق في زمان
تلف العين فيضمن المثل بقيمته المفروضة وهي قيمته وقت الضمان فقوله عند تلفه متعلق بقوله
لضمانه وليس صفة لتقييد القيمة قوله سلمه الله وان جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان كما هو
القول الاخر في القيمي اه المراد بزمان الضمان هو وقت الغصب والنكتة في التعبير به عنه
ان وقت الغصب اول وقت دخول العين في ضمان الغاصب فهو اشارة الى اول الاقوال
الاربعة التي ذكرناها قوله سلمه الله وهذا مبني على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب كما عن
الاكثر يعني ان اعتبار قيمة زمان تلف العين مبني على القول باعتبار قيمته يوم الغصب في القيمي
وذلك لان المفروض في الكلام على تقدير الالتزام بان المثل يتصف بكونه قيميا بالفعل
عند اعوازه وبقي على قيمته قبل ذلك لانه قيمي يعني انه لو تلف وجب قيمته كما اشار اليه بقوله لم يكن
ان المثل المستقر في الذمة قيمي فكون القيمية صفة للمثل يعني انه لو تلف وجب قيمته
فتح للقول ان زمان تعلق المثل الذي هو قيمي بذمته تلف العين زمان ضمانه الذي
هو غصبه وان كان التعبير بتعلقه بذمته بالغصب الذي هو فعل الغاصب مع
انه لم يغصب المثل ابتداء ومبنيا على ضرب من المسامحة بسببه الذي هو غصب العين منه اختيارا
وان المستند الى المقدمة الاختيارية اختياري فيكون زمان تلف العين بناء على ما ذكر
زمان غصب المثل الذي هو قيمي فيبتني الحكم باعتبار قيمته في ذلك الزمان على القول باعتبار
قيمة زمان الغصب قوله سلمه الله وان قلنا ان التالف انقلب قيميا احتمل الاعتبار بيوم الغصب
لا في القيمي المغصوب المراد بالقيمي المغصوب المشتبه به هو القيمي بالاصل وهو ما كان

كان مثلياً بالاصل ثم انقلب قيميا فصح التشبيه المبني على المغايرة وليس المراد بانقلاب التالف
المثلي قيميا انقلابه حقيقة لاستحالة ذلك لانك قد عرفت ان المثلي عندهم ما يتساوى اجزاؤه
والقيمي ما لا يتساوى اجزاؤه ومن المعلوم انه يستحيل ان ينقلب متساوي الاجزاء
غير متساويها ولا صيرورته في حكم القيمي لان ذلك خلاف ما يقتضيه ظاهر لفظ
الانقلاب بل المراد انه بتعذر المثل توجه الخطاب الى الغاصب بالخروج عن عهدة
التالف المثلي المغصوب باداء قيمته بعد ان كان المتوجه اليه بعد التلف وقبل تعذر
المثل هو اداء مثله فمقابل ما ذكره من صيرورة المثل قيميا المفصح بانه بتعذر
المثل توجه الخطاب الى الغاصب باداء قيمة المثل بعد ان كان المتوجه اليه بتلف العين
الى ما قبل اعواز المثل هو اداؤه وح نقول ان محور الخطاب باداء قيمة المغصوب لا العين
خصوص جزء منها بعد اختلافها بحسب الاوقات فيحتمل الاعتبار بيوم الغصب كما هو
مذهب القائل به في القيمي بالاصل ويحتمل الاعتبار باعلى القيم من يوم الغصب الى
يوم التلف كما هو مذهب القائل به في القيمي بالاصل وانما اقتصر المص ره هنا على ذكر
احتمالين ولم يذكر مقتضى القول الثالث في القيمي من الاعتبار بقيمة يوم تلف
القيمي لوجود المانع من جريانه هنا لان الكلام في المثلي الذي تعذر مثله ومن المعلوم
انه عند تلف العين مع وجود المثل كان مخاطبا باداء المثل دون قيمة العين ولهذا
لم يلزم المالك القبول لو دفعها الغاصب يومئذ فلا يصح ان يكون المناط قيمة العين
عند تلفها هذا ما خطر بالبال في وجه تركه لمقتضى ذلك ولا ارى له وجها غيره لكنه
على المناقشة فيه بان اجتماع المتنافيين والمتضادين انما يمتنع في زمان واحد و
الزمان هنا مختلف فيصح ان يخاطب عند وجود المثل باداء عند تعذره باداء
قيمة العين يوم تلفها ولا منافاة ثم لا يخفى عليك ان اجماعهم على ان القيمي انما يضمن بالقيمة
لا يشمل القيمي بهذا المعنى الذي عرفت وهو المثلي الذي خوطب باداء قيمته بعد تعذر

مثله

مثله لما عرفت من تفسيرهم للقيمي في معقد اجماعهم على ما لا يتساوى اجزاؤه وغير خفي انها
لا ينطبق على ما نحن فيه ولهذا صح للمص ره القول بكون العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته
يوم الدفع مع ابدائه لهذا الاحتمال فلا بد لمن يريد الفتوى به من تنقيح مدرك
اخر له غير الاجماع المذكور ويتولد مما ذكرناه هنا وما عرفته مما سبق تمام الخمسة احتمالات
الفتوى بين الاعلامية في القولين الاولين اللذين ذكرهما المص ره وان ذكر
وذكر مبانيهما متعينة بلا امر خصوصا مع كون ذكر المباني على وجه مجرد الاحتمال من
دون طريق الى تعيين شيء منها من الادلة الشرعية قوله ره وان قلنا ان المشترك
بين العين والمثل صار قيميا جاء احتمال الاعتبار بالاعلى من يوم الضمان الى يوم تعذر
المثل هذا الكلام عطف على قوله فاذا صار كذلك فاما ان نقول الخ فيصير ثالثا
للاحتمالين المتفرعين على قوله واما ان نقول بصيرورته قيميا عند الاعواز وكان
الاولى بعد التعبير عن قوله واما ان نقول بصيرورته قيميا عند الاعواز بما ذكرناه
من التعبيرات بيان هذا الاحتمال على وجه الاجمال مع ذينك الاحتمالين فيقول
بعد قوله واما ان نقول ان المغصوب انقلب قيميا واما ان نقول بان المشترك
بين العين والمثل صار قيميا ثم ياتي بالتفصيل لما اجمله اولا فيعطف بعض الاحتمالات
المذكورة على وجه الاجمال على بعض ويعطف بعض التفاصيل على بعض حتى يتسق
الكلام على وجه احسن مما اتى به من التعبير ثم ان المراد بصيرورة المشترك
قيميا توجه الخطاب الى الغاصب باعطاء قيمة الحق الذي عليه الصادق على العين
وعلى مثلها فيجري احتمال اعتبار اعلى القيم من يوم غصب العين الى وقت تعذر المثل
قوله ره واحتمل الاعتبار بالاعلى من يوم الغصب الى دفع المثل عطف على قوله جاء
احتمال الاعتبار بالاعلى من يوم الضمان الى يوم تعذر المثل وهذا هو الوجه الرابع
من الوجوه التي ذكرها في التذكرة الا انه كما عرفت في عبارتها التي حكيناها عبر فيها بوقت

تغريم القيمة لا انه في عقد عبر بوقت دفع القيمة دائما تارة وعبر بدفع المثل وهما متحدان
بحسب المصداق في المفروض الذي هو تعذر المثل نظرا الى ان دفعه عبارة عن دفع
قيمته ويحتمل ان يكون عطفا على قوله ره ذكروا في عقد ثالث الاحتمالات فهذا الاحتمال
هو الرابع من المحتملات التي ذكرها في عقد الغصب وان لم يصرح به المصنف ره لكن صرح في الاحتمالات
الاخر بمرتبتها في عبارة عد قوله اذا عرفت هذا فاعلم ان المناسب لاطلاق
كلامهم لضمان المثلي بالمثل هو انه مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمة لما اشار الى
مباني الوجوه اراد بهذا الكلام بيان تعيين بعض تلك المباني على مقتضى اطلاق الفقهاء
بضمان المثل وجريانها هاهنا منها على التحقيق الذي قدم ذكره سابقا في دلالة ادلة الضمان
قوله ويمكن ان يحقق شيء فيه بان التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه في الذمة
ابتداء كما لا يشترط في استقراره واستدامته على ما اعترف به مع طرو التعذر بعد التلف
يعني انه اعترف بعدم اشتراط التمكن من المثل في استقراره في الذمة استدامته وعدم
سقوطه لانه اختار ان المعتبر قيمة يوم الاقباض ولو كان التمكن من المثل شرطا في
صحة تعلقه بالغاصب كان اللازم سقوط المثل بمجرد تعذره وتحقق الانتقال الى
القيمة وقد قال في جامع المقاصد في شرح قول العلامة ره الخامس القيمة يوم الاقباض
ما لفظه هذا هو الاصح لان الواجب هو المثل فاذا دفع بدله اعتبرت البدلية حين
الدفع الخ يعني القيمة انتهى قوله ولذا اطبق كل احد هذا التفصيل في باب
القرض يعني انه من جهة عدم مدخلية التمكن من المثل في تعلقه بالذمة ابتداء لم يذكر
احد التفصيل بين وجود المثل وعدمه في اقراض المثلي بان يقول انه مع التمكن من المثل
في المثلي يثبت في ذمة المقترض مثله ومع عدم التمكن منه يثبت قيمة العين المقترضة
بل اطلقوا القول في ذلك وقالوا ان العين المقترضة ان كانت مثلية ثبت مثلها
في ذمة المقترض وان كانت قيمية ثبت قيمتها قوله وقد يقال على المحقق

المذكور

المطالبة

المذكور ان اللازم مما ذكره انه لو فرض ظفر المالك بالمثل قبل اخذ القيمة لم يكن له
ولا يظن احد التزامه وفيه تامل وجه التامل ان عدم تنجز التكليف بالمثل عليه لا ينافي
وجود التكليف به مشروطا بوجوده ومعلوم ان لازم ذلك هو انه متى وجد المثل
لزم اداؤه قوله ثم ان المحكي عن التذكرة ان المراد باعواز المثل ان لا يوجد في
البلد وما حوله وزاد في المسالك مما ينقل عادة منه اليه كما ذكروا في انقطاع المسلم فيه
وعن جامع المقاصد الرجوع فيه الى العرف قال في التذكرة اذا غصب عينا من ذوات
الامثال وتلفت في يده او اتلفها والمثل موجود فلم يسلم حتى فقد اخذت منه
القيمة لتعذر المثل فاشبه غير المثلي والمراد من الفقدان ان لا يوجد في ذلك البلد
وما حوله انتهى وقال في جامع المقاصد واعلم ان المراد من تعذر المثل ان
لا يوجد في ذلك البلد وما حوله كذا ذكر في التذكرة ولم يحد ما حوله والظاهر ان
المرجع فيها الى العرف انتهى ولا يخفى عليك ان ظاهر كلام المصنف ره هو ان مراد جامع
المقاصد هو كون المرجع في الاعواز الى العرف ولكن عبارة جامع المقاصد صريحة
في ان المرجع في ما حوله الى العرف لا في نفس الاعواز بدليل قوله ولم يحد ما حوله
مع تانيث الضمير المجرور في قوله فيها ولا يتوهم ان الضمير المجرور بلفظ في في
قوله وعن جامع المقاصد الرجوع فيه الى العرف يرجع الى ما حوله لانه يأبى عنه
قوله بعد هذا نعم لو انعقد الاجماع على ثبوت القيمة عند الاعواز تعين ما عن
جامع المقاصد فان الظاهر منه انه لا بد حينئذ من الرجوع الى ما فيه من الرجوع
الى العرف في الاعواز الماخوذ في معقد الاجماع اللهم الا ان يقال انه يتعين في الاعواز
ما عن جامع المقاصد فيحال اليه قوله ويمكن ان يقال ان مقتضى عموم وجوب اداء
مال الناس وتسليطهم على اموالهم اعيانا كانت ام في الذمة هو وجوب تحصيل المثل
كما يجب رد العين اينما كانت ولو كانت في تحصيله مؤنة كثيرة ولذا كان يجب تحصيل المثل باي

ثم ان كان لا يخفى ان مراده لعموم وجوب اداء مال الناس انما هو مثل قوله عليه السلام المغصوب مردود
على اربابه فاشتماله للمثل او القيمة من الرد فيه لا قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدى
في كلامه انه مسوق لبيان الحكم الوضعي دون التكليفي هذا وفي الجواهر بعد كلام
الذكر في ذلك وجامع المقاصد اضافة نقل محكي عن الكناية ما لفظه وفيه انه ليس
من الادلة العموم ما يدل بذلك يرجع اليه بل مقتضى تكليف الغاصب بالاشق تحصيل
المثل ولو من البلد النائية التي لا ينقل منها عادة ان لم يستلزم التكليف بالمحال ولعل لذا
قال في التحرير وغيره لو وجد المثل باكثر من ثمن المثل فالوجه وجوب الشراء وفيه انه مناف
على نفي الضرر والحرج في الدين والخروج عنه في خصوص رد العين المغصوبة لا يقتضي الخروج
في مثلها فالمتجه جعل المدار على ذلك انتهى كلام صاحب الجواهر قدس سره واختار بعض من تأخر عدم
وجوده في البلد ومما ينقل اليه عرفا وعادة استنادا الى لزوم الضرر على الغاصب لو كلفه
من ذلك المؤاخذة الغاصب باشق الاحوال ليس حيزا ومورده في كلامهم انما هو العين والى
انهم ذكروا مثل ذلك في الدين ولم يفرقوا فيه بين ما لو تعلق بالذمة بسبب مباح
او بسبب محرم وان المغصوب بعد تلفه يصير بدله بالمثل دينا فيجري عليه حكم
الذى نصوا عليه ويظهر من الاخبار وكلمات الاصحاب ان امر الدين مبني على التوسعة
دون الكلفة ولهذا لم يحكموا باجبار المديون على التكسب اذا لم يكن عنده ما يقضي
به دينه ولو ببيع داره وكتبه وخادمه اللائقة بحاله والى قوله عليه السلام على اليد ما اخذت
حتى تؤدى تقريبه انه يدل على كون الغاية هي الاداء المتعارف دون غيره وفي الاول
نظر لكونه ضررا اقدم هو عليه بنفسه وفي الثاني تأمل من جهة افراده للمغصب
احق واما الثالث فيمكن المناقشة فيه بان الاداء لو فرض اختلاف في المعتبر
ههنا ما انفهم عرفا من لفظ واي هذا من وجوب تحصيل العين المغصوبة الى
ادائها من البلاد البعيدة او من البلد وما ينقل اليه عرفا فرع لو تعذر عليه تحصيل

المثل

المثل لا لتعذره في ذاته بل لتعذر وصوله بخصوصه اليه لحبس ونحوه جرى عليه حكم التعذر
الثالث في ... نعم ورد في بعض اخبار السلم انه اذا لم يقدر المسلم اليه على ايفاء المسلم فيه
تخير المشتري الظاهر انه اشار بذلك الى ما رواه في الوسائل في باب انه اذا تعذر وجود
المسلم عند الحلول كان له الفسخ واخذ رأس المال وله ان يأخذ بعضه ورأس
مال الباقي من رواية الحلبي قال سئل ابو عبد الله عليه السلام عن رجل يسلم دراهم في خمسة
مخاتيم من حنطة او شعير الى اجل مسمى وكان الذي عليه الحنطة والشعير لا يقدر
على ان يقضيه جميع الذي له اذا حل فقال صاحب الحق ان يأخذ نصف الطعام
او ثلثه او اقل من ذلك او اكثر ويأخذ رأس مال ما بقي من الطعام دراهم قال لا بأس
والزعفران يسلم فيه الرجل دراهم في عشرين مثقالا او اقل من ذلك او اكثر قال
لا بأس ان لم يقدر الذي عليه الزعفران ان يعطيه جميع ماله ان يأخذ نصف حقه
او ثلثه او ثلثيه ويأخذ رأس مال ما بقي من حقه دراهم ولعل دلالتها على التخيير انما هي من
اشعار قوله عليه السلام لا بأس بالطرف الاخر بضميمة موثقة ابن بكير المنقولة في تلك الباب وفيه
قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اسلف في شيء يسلف الناس فيه من الثمار فذهب
زمانها ولم يستوف سلفه قال فليأخذ رأس ماله او لينتظر والرواية الاولى وان
كان موردها في عدم القدرة على البعض بخلاف الرواية الثانية حيث ان
ظاهرها عدم وجدان شيء من المسلف فيه الا انه يظهر من ملاحظة الاخبار
انه لا فرق بين الصورتين فيها عن الكافي وفي باب بسند صحيح او حسن عن عبد الله
بن سنان قال سألت ابا عبد الله عليه السلام الى انه قال أرأيت ان اوفاني بعضا وعجز عن
بعض ايجوز ان اخذ بالباقي رأس مالي قال نعم ما احسن ذلك ومثله غيره من
الاخبار وقد ظهر مما حررنا ان مراد المقرر من عدم قدرة المسلم اليه على ايفاء
المسلم فيه اعم من عدم قدرته على ايفائه بجميعه وعدم قدرته على ايفائه ببعضه كما هو

المراد بعنوان الباب في الوسائل كما يكشف عنه ذكره لاخبار العجز عن الكل او البعض فيه ثم
ان المراد تخيّر المشتري في العبارة هو تخيّره بين الفسخ والصبر وقد وصف هذا
القول بالشهرة في ئق حيث قال المشهور بين الاصحاب انه اذا حلّ الاجل وتأخّر عن
التسليم ثم طالب المشتري بعد انقطاعه وكان بالخيار بين الفسخ والصبر ثم قال
ابن ادريس رحمه الله انكر الخيار في هذه المسألة تمسكا بان العقد ثابت بالاجماع وانه
اوفوا بالعقود وانه لا دليل على فسخه ويدل على القول المشهور الخبر الخامس عشر من
الاخبار المتقدمة يعني من ئق ابن بكير المذكور وهو نص في الباب ثم قال ويؤيده
الاخبار المذكورة ثمة الدالة على جواز اخذ رأس المال فانك قد عرفت انها
محمولة على فسخ العقد مع ان ظاهرها ان المسلم فيه غير معدوم بل مثله وان لم
يوجد عند البائع فاذا جاز الفسخ مع وجوده فمع تعذره بطريق اولى وبه
يظهر بطلان ما ذهب اليه ابن ادريس رحمه الله وقيل في المسألة قول ثالث وهو انه لا ينفسخ
ولا يتخير بل يأخذ قيمته الآن قال في ئك وهو حسن لان الحق هو العين فاذا
تعذرت رجع الى القيمة حيث تعذر المثل اقول لا ريب ان هذا القول هو
الموافق للاصول الشرعية ويؤيده الاخبار المتقدمة الدالة على القول المشهور
هنا وبعد بيعه على من هو عليه واخذ قيمته بل مثله الا ان من تقدم ابن بكير المذكورة
ظاهرة الدلالة على القول المشهور والمسألة لا تخلو من شوب الاشكال انتهى كلام
صاحب ئق وقد ذكرناه وان كان له محل اخر ليفيد تصريح في المقام قولهم ثم
انه في معرفة المثل مع فرض عدمه اشكال لا من حيث ان العرف تفرض وجوده ولو في غاية
العزة كالفاكهة في اول زمانها او اخره او وجوده المتوسط الظاهر هو الاول
الوجه في احتمال الوجه الثاني هو انه ينبغي ان يكون المعيار هو الوجود المتعارف كما هو
٢ مبني على القاعدة الحال في سائر الشرائط والظاهر ان ما ذكره رحمه الله من استظهار الاول لانه لم يعتبر حصول

الوجود ٢

الوجود العزيز ولا الاعز بل ما هو اعم من ذلك كما يكشف عنه قوله ولو في غاية العزة
الطافة على القاعدة هو انه لا يخلو اما ان يقال باعتبار قيمة يوم الدفع كما هو مذهب
المعظم او يقال باعتبار يوم التعذر كما حكاه عن ابن ادريس واياما كان فقوله الخ
معنى فان صادف عزة الوجود كان اللازم هو القيمة على حسبها وان صادف
التوسط فكذلك وان صادف الابتذال فكذلك فتدبر قوله تعذر واما مع
كون قيمة المثل في بلد التالف مخالفا لها في بلد المطالبة فهل له المطالبة باعلى
القيمتين ام تتعين قيمة بلد المطالبة ام بلد التالف وجوه الاوجه ان يقال
فيما لو تلف المال في بلد فصادف المالك المتلف في بلد اخر فلم يوجد مثله
وكانت قيمته في ذلك البلد مخالفة لقيمته ببلد التلف ان العبرة انما هي ببلد المطالبة
لكون المثل باقيا في ذمته وللمالك مطالبته به متى شاء واينما شاء لان الحق له فيكون
المناط قيمة زمان الدفع ومكانه فيا للمكان حال الزمان في ذلك فافهم قوله
لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا فولس ويدل عليه الاخبار المتفرقة في كثير من
القيميات فلا حاجة الى التمسك بصحيحة ابي ولاد الاتية في ضمان البغل ولا بقوله من
اعتق شقصا من عبد قوم عليه بل الاخبار المتفرقة الواردة في كثير من القيميات
المبيعة بالبيع الفاسد على ما هو محل البحث دالة على المطلوب فلا حاجة الى التمسك
بالصحيحة المذكورة والخبر المذكور مع ورودهما في غير المبيع بالبيع الفاسد المقتضي
لتوقف الاستدلال بهما على اثبات الملازمة بين الغصب ومتولي هو العبد وبين
المبيع بالبيع الفاسد وفي كلامه رحمه الله تعريض بصاحب الجواهر رحمه الله فانه قال في
كتاب الغصب بعد حكم المحقق بضمان القيمي بقيمته ما نصه نعم تقدم للمصنف في
القرض ضمان القيمي بمثله وقد سمعت الكلام فيه هناك كما انك سمعت الكلام
في المحكي عن ابن الجنيد المحتمل لارادة ما لا ينافي المشهور منه وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه الظهور

صحيح ابي ولاد وغيره مما دل على ضمان الحيوان بعبد وغيره في كون اللازم القيمة ومنه نصوص
عتق الشريك المقتضي للسراية المامور فيها بالتقويم فليس للمتلف دفع المثل العرفي
الا مع رضى المالك لانه ليس للمالك اقتراحه انتهى ثم اعلم ان في بعض اخبار العامة
عن عائشة انها قالت صنعت حفصة طعاما فبعثت به الى رسول الله صلعم فاخذني الافكل
فكسرت الاناء وقلت يا رسول الله صلعم ما كفارة ما صنعت فقال اناء مثل الاناء وطعام
مثل الطعام وعن انس ان امرأة كسرت قصعة اخرى فدفع النبي صلعم قصعة
الكاسرة الى صاحبة المكسورة وحبس المكسورة في بيته واجاب عنهما صاحب الجواهر ره
بعدم حجيتهما عندنا مع احتمال حمل الاخير منهما على علم النبي صلعم بحصول الرضا من قابل
واحتمال حمله والاول على تحقق المثلية فيهما وغير ذلك انتهى قوله سره على تقديره
في شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تامل خصوصا مع الاستدلال لها كما في
وغيره بقوله تعم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الضمير المضاف اليه لفظ التقدير
يعود الى الاجماع يعني انه على تقدير ثبوت الاجماع و وجه التامل في شمول الاجماع
لصورة تيسر المثل من جميع الجهات هو ان الاجماع دليل لبي والقدر المتيقن منه
صورة عدم تيسر المثل من جميع الجهات و وجه الخصوصية المشار اليها بكلامه سره
هو انه لا بد من ان يكون مؤدى الدليلين اللذين يستدل بهما على مطلوب
واحد واحدا ففيما نحن فيه اذا استدل على ما استدل عليه بالاجماع من ثبوت
القيمة في القيمي بالاية الكريمة وليس مؤداها الا ثبوت القيمة بعد عدم تيسر المثل
كان معقد الاجماع ايضا ذلك لما عرفت قوله سره وكيف كان فقد حكي الخلاف في
ذلك عن الاسكافي قال في كتاب الغصب من غاية المراد اطبق الاصحاب على ضمان
المثلي و هو ما تساوت اجزاؤه في الحقيقة النوعية بالمثل الا ما يظهر من كلام ابن
الجنيد فانه قال ان تلف المغصوب دفع قيمته او مثله ان رضي صاحبه واعلم

يريد به القيمي فانه في ضمانه بالمثل خلافا وظاهر مذهب شيخ المحقق نجم الدين
في بعض المواضع ضمانه بالمثل والمشهور خلافه انتهى ولا يخفى ان كلام ابن
الجنيد ره ليس في المقبوض بالبيع الفاسد بل في المغصوب فنقل المصنف ره ما حكي عنه
خلافا في هذه المسئلة مبني على اتحاد حكمها وحكم الغصب ثم ان ظاهر الكلام المحكي
ان المغصوب مضمون سواء كان مثليا ام قيميا يضمن بالقيمة ثم ان ضمانه بالمثل
منوط برضى صاحبه فان رضي اخذ المثل والا فلا وهذا مبني على جعل قوله ان
رضي قيدا في المثل وحده دون ما قبله وعلى هذا التفسير لا يصح عد ابن الجنيد ره
مخالفا في ضمان التالف القيمي بالقيمة كما صنعه المصنف ره لان اعطاء المثل في القيمي
اذا رضي به المالك مما لا ينكره احد فلا يكون مخالفا الا في ضمانه المثلي بالمثل وهو
خارج عما علق عليه كلام المصنف ره هنا ويحتمل ان مراده ره بالمغصوب خصوص القيمي كما
احتمله الشهيد ره وهذا يحتمل وجهين احدهما ان يكون قوله ان رضي قيدا في
المثل وحده وعلى هذا تكون فتواه موافقة للمشهور ولا يصح عده مخالفا الا
لهذه الجهة والظاهر ان احتمال صاحب الجواهر ره موافقة قول ابن الجنيد ره
لقول الاكثر مبني على هذا الوجه وثانيهما ان يكون قوله ان رضي قيدا للمثل وما
قبله الذي هو القيمة ويصير حاصل الكلام ان المغصوب القيمي يضمن اما
بالقيمة واما بالمثل والتخيير في تعيين شيء منهما الى المالك وح يكون مخالفا
للاكثر من جهة حكمهم بتعين القيمة ولكن لا يخفى ان مخالفة قوله للاكثر على هذا
البناء مغايرة لمخالفة قول الشيخ ره والمحقق ره للاكثر حيث انهما يقولان بتعين
ضمان القيمي بالمثل كما ستعرف انشاء الله تعالى قوله سره وعن الشيخ والمحقق في الخلاف
والشرائع في باب القرض قال في الباب المذكور من الشرائع وما تتساوى
اجزاؤه يجوز قرضه ويثبت في الذمة مثله كالحنطة والشعير والذهب والفضة

وظاهر المسالك يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم ولو قيل يثبت مثله اتجه كما حسنه
وفي الجواهر بعد هذه العبارة ما نصه لانه يعني المثل اقرب الى الحقيقة من القيمة
ولما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه اخذ قصعة امرأة كسرت قصعة اخرى وحكم بضمان عائشة اناء
حفصة وطعامها بمثلهما وانه استقرض بكرا ورد بازلا ثانية واخرى استقرض بكرا فامر
برد مثله وفي الدروس وكذا نسبة المصنف الى الميل اليه بل في الثاني انه لعله اقوى
الا انه لا يعلم به قائل من اصحابنا كما يشعر به قوله ولو قيل كما ان في الاول ونظهر
الفائدة فيما اذا وجد مثله من كل الوجوه التي لها مدخل في القيمة ودفعه المقترض
فعلى الثاني يجب القبول وعلى المشهور لا يجب وفيما اذا تغيرت اسعار القيم
فعلى المشهور المعتبر قيمته يوم القبض وعلى الاخر يوم دفع العوض وهو
ظاهر الخلاف قلت ومنه يظهر موافقته للمصنف كما ان ظاهر كره ذلك ايضا
وان كان لم يطلق كاطلاق المصنف فانه قال مال القرض ان كان مثليا وجب رد
مثله اجماعا وان لم يكن مثليا فان كان مما ينضبط بالوصف وهو ما يصح السلف
فيه كالحيوان والثياب فالاقرب انه يضمن بمثله من حيث الصورة
لان النبي صلى الله عليه وآله استقرض بكرا الى اخر ما سمعت وهو قول الشافعية وقال
بعضهم انه يعتبر في القرض بقيمته لانه لا مثل له فاذا استقرضه ضمنه بقيمته
كالاتلاف الى ان قال بعد انه فرق بين القرض والاتلاف واما ما لا ينضبط
بالوصف كالجواهر والقسي وما لا يثبت السلف فيه يثبت قيمته وهو احد
قولي الشافعية هذا ما افاده صاحب الجواهر واقول لا يخفى على من
لاحظ ما على الاول من ادلة القول بثبوت المثل في القيمي المقترض وتامل في
عبارة التذكرة انه يظهر من ارباب القول بثبوت المثل في القيمي في القرض
اثباته الفرق بين الغصب وبين القرض وانه لا مجال لاجراء حكم احدهما على الاخر

فتدبر

فتدبر قوله لكن لم يذكر وان كان احتمال الاول ومسئلة تعيين القيمة متفرعا على هذا القول يعني انهم
ذكروا وجوب قيمة يوم دفعها احتمالا متفرعا على القول بكون القيمة عند القائلين بالمثل
في القيمي بدلا عن المثل والمراد بمسئلة تعيين القيمة هي المسئلة التي وقع فيها البحث
عن ان الواجب هل هو قيمة يوم القبض او قيمة يوم التلف او اعلى القيم او غير ذلك
قوله وليس ولو صح ما ذكره من ان ظاهر هؤلاء يعني الشيخ ره والمحقق ره ومن وافقهما في
لزوم المثل في القيمي قوله ثم انهم اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد
فالمحكي في غاية المراد عن الشيخين واتباعهما تعين قيمة يوم التلف ذكره في غاية المراد
في المسئلتين توليه فانه قال في شرح قول العلامة ره في كتاب البيع والمقبوض بالسوم او البيع
او البيع الفاسد مضمون على المشتري الى قوله ولو تلف فالقيمة يوم التلف على رأي
ما نصه ناظر ابن ادريس ره في باب البيع في ضمان المقبوض بالسوم ووافقه شيخنا المحقق ره
في لف صحيحا بالاصل وبان المشتري انما اخذه لاختيار المشتري ان استصلح والا
رده فهو كالامانة وزعم في باب الغصب انه مضمون وهو اختيار شيخنا في اكثر كتبه
واكثر الاصحاب لعموم قوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدي واما الضمان بالقيمة
يوم التلف فان الواجب العين وانما يتحقق الانتقال الى القيمة بالتلف وتفاوت
الرغبات خارج عن عين المضمون وهو مذهب الشيخين واتباعهما وخالف
ابن ادريس في ذلك واوجب ضمانه باعلى القيم من حين القبض الى حين التلف
لانه كالغاصب المخاطب باشق الاحوال ولان العين مضمونة في جميع الاوقات الى التلف
وقد عرفت ذلك على الغاصب انتهى واختار المحقق ره في نكت قوله لا تنتقل وهو ضمانه
بقيمته يوم قبضه وربما نسب هذا القول الى الاكثر واختار الشهيد الثاني
في لك رابعا وهو ضمانه باعلى القيم من حين القبض الى حين التلف بشرط ان يكون التفاوت
بسبب نقص في العين او زيادة فلو كان باختلاف السوق لم يضمن واعتبر قيمة العين يوم التلف

لكن لا يخفى ان هذا القول انما يصير تفصيلا في المسئلة لو كان محل النزاع اعم من المسبب من الزيادة
والنقيصة العينيين ومن المسبب من اختلاف السوق وان خص بما كان مسببا من اختلاف
السوق كان هذا عين القول وحكي بعض مشايخنا قولا خاصا وهو ضمانه قيمته يوم
الاداء وفي الجواهر عن المقنعة والنهاية وعن ابي الصلاح والقاضي في خصوص
ما لو كان فساد البيع بسبب احالة تعيين الثمن الى حكم احدهما ضمانه قيمته يوم
البيع الا ان يكون الحاكم هو المشتري فيحكم على نفسه بالاكثر فيجب حينئذ او يكون
الحاكم هو البائع فيحكم بالاقل فيمتنع فيتبع حكمه حينئذ ثم ان مقتضى الاصل كما قد يتراءى
من بعضهم هو الاشتغال كما هو مستند من قال بضمان اعلى القيم نظرا الى حصول
الاشتغال قطعا ولا يحصل اليقين بالبراءة الا بدفع اعلى القيم ولكن التحقيق ان
مقتضى الاصل انما هو البراءة لدوران الامر بين الاقل والاكثر المستقلين الذي
ذلك ذلك كما قرر في محله فليس حال ما نحن فيه الا من قبيل حال المديون
الدائر امرها بين الاقل والاكثر ومن هنا قد تداول في باب القضاء ان حكم جماعة من الاصحاب
بان من علم ان عليه فوائت لا يعلم عددها يلزمه الاتيان بما يتيقن معه بالبراءة
كما هو المشهور بل ادعى عليه الاجماع ليس مما وفق القاعدة كما ان حكم بعضهم بان من علم
بتعلق الزكوة بماله وقد نسي مقدارها يلزمه اعطاء ما يتيقن معه بالبراءة مخالف لما ذكرناه
من القاعدة فالاصل المعول عليه في المقام انما هو البراءة ومقتضاها لزوم اقل القيم
من حين القبض الى حين التلف الا انه يقع هنا اشكال وهو ان لزوم ذلك ربما يستلزم مخالفة
لجميع الاقوال المأثورة في المسئلة ويمكن دفعه بان تحقق الاجماع المركب المستلزم لمنع
ما عدا ما تحقق من الاقوال ممنوع لاستناد كل منهم الى وجه اعتباري ناظر الى
اثبات مدعاه ولم يعلم من حالهم نفي ما زاد على الاقوال ويمكن دفعه ايضا على تقدير
تحقق الاجماع المركب بما ذهب اليه صاحب الفصول قده من انه اذا لزم من العمل بالاصول مخالفة

العلم

العلم الاجمالي فلا بأس بذلك لكونه حيلة ظاهرية ومخالفة الحكم الظاهري للواقع المعلوم
اجمالا غير قادحة واذ قد عرفت ذلك فلنذكر حجج الاقوال وان تقدم الاشارة الى
بعضها فحجة القول الاول ان الضمان قبل التلف امر معلق لا تنجز له وانما يتنجز
بالتلف وحجة القول الثاني انه لما كان اصل العين مضمونا كانت زيادتها ايضا كذلك و
مقتضى الاشتغال وجوب الخروج عن العهدة وان القابض للمبيع بالبيع الفاسد
كالغاصب المأخوذ باشق الاحوال وحجة القول الثالث ان يوم القبض
وقت تعلق الخطاب بالخروج عن العهدة وان كان ترتبيا فالقبض هو السبب
في الضمان فيعتبر وقته مضافا الى خبر البغل المتقدم بعدم القول بالفصل بين مورده
الذي هو الغصب وبين المقام وحجة القول الرابع ان المضمون لا بد وان
يكون امرا متأصلا متسلطا عليه وليس الا الزيادة العينية واما زيادة القيمة
السوقية فهي امر اعتباري فلا تضمن مضافا الى دعوى دلالة خبر البغل عليه
وحجة القول الخامس ان ضمان القيمي انما هو بالمثل ابتداء وينتقل عند الاداء
ينتقل الى القيمة فلا بد من اعتبار وقت الانتقال الى القيمة وحجة القول
السادس اما على ضمان قيمته يوم البيع في غير ما استثناه القائل فهي حجة القائل
بلزوم قيمة يوم القبض واما على وجوب اتباع حكم المشتري لو حكم بالاكثر
واتباع حكم البايع لو حكم بالاقل فهو انه الحق اليهما فيصح منهما البذل والعفو
فوليس اما باضافة القيمة المضافة الى البغل اليه ثانيا بان يقال قيمته يوم المخالفة للبغل
فيكون اسقاط حرف التعريف من البغل للاضافة فيحصل هذا الوجه بعد حفظ
حكم باضافة القيمة المضافة الى البغل الى يوم المخالفة ثانيا وملاحظة ان اسقاط حرف
التعريف من البغل للاضافة هو ان المضاف والمضاف اليه بعد اعتبار اضافة الاول
الى الثاني اضيفا الى يوم المخالفة وليس في كلام النحاة تنبيه على ذلك بل هو مما يأباه

كما تم كما لا يخفى على من تدبر فتدبر واما ما احتمله جماعة من تعلق الظرف بقوله
نعم القائم مقام قوله ع يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل فيكون هذه الفقرة على
هذا التقدير ساكتة عن تعيين كون قيمة البغل عبارة عن قيمة يوم المخالفة او قيمة
يوم التلف او اعلى القيم او غير ذلك وانما تفيد ثبوت اللزوم في يوم المخالفة
من دون افادة امر اخر ثم ان الاحتمال المذكور مما قد عرفت عليه في مفتاح
الكرامة والجواهر والمستند وغيرها قال في الجواهر بعد الاستدلال بالصحيح
لضمان قيمة يوم الغصب ما لفظه وفيه احتمال تعلق الظرف بالفعل المدلول
عليه بقوله نعم فيكون المراد يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل لو عطب بمعنى انما
تتعلق بك ذلك اليوم وحينئذ فالقيمة غير مبين فيه فلا ينافي ما دل على القيمة يوم
التلف الذي عرفت انه الاصح انتهى فتدبر لان السائل انما سأل عما يلزمه
بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان كما يدل
عليه ارايت لو عطب البغل او نفق اليس كان يلزمني فقوله نعم يعني يلزمك
بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته اما دلالة قوله اليس كان
يلزمني ذلك على علم المتكلم الذي هو السائل باللزوم عليه بعد التلف بسبب
المخالفة فلا اشكال فيه لان مثل هذا الاستفهام انما يقع في مقام العلم بثبوت
ما تعلق به اداة النفي الواقعة في حيز الاستفهام كما في قوله تعالى الست بربكم
ولهذا يقع هذا النوع من الاستفهام في مقام التقرير واما ان السائل قد سأل
عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث
الضمان فالظاهر انه انما استفاده من كون اصل اللزوم معلوما فلا يبقى وجه
للسؤال عنه فيجب صرفه الى السؤال عما يلزمه من حيث ان السؤال عن اصل
اللزوم بعد العلم به لغو لكنك خبير بان لفظ السؤال لا يأبى عن تعلقه باللزوم

اصلا

اصلا وانما هو مسوق لاستعلام اصل اللزوم ضرورة ان الضمير في قوله اليس كان
يلزمني يعود الى البغل والمعنى الم يكن البغل يلزمني عما تقدم بالتلف بسبب المخالفة
ومعنى لزومه انما هو لزوم قيمته فيتصل السؤال الا عن نفس لزوم القيمة لا سؤالا
عن تعيين اللازم لعدم دلالة اللفظ على ذلك اصلا نعم لو كان الفاعل للفعل ما وقع
التردد بين كونه فاعله وبين كون غيره فاعلا كما لو قال اقام زيد والمعنى قام زيد فيما كان
اصل صدور القيام من فاعل معلوما وكما في قوله تعالى الست بربكم لو اقع في مقام التقرير
بكون الله تعالى هو ربهم بعد معلومية ان لهم ربا صح توجه الاستفهام على وجه
التقرير او غيره الى تعيين الفاعل ولكن ليست عبارة الحديث على هذا المنوال
اذ ليس هناك تردد بين لزوم البغل بالمعنى الذي عرفت وبين لزوم غيره نعم
لو كان السائل قد قال اليس كان يلزمني قيمة يوم المخالفة كان مجال لان
يقال ان السؤال عن تعيين اللازم من جهة تردده بين قيمة يوم المخالفة وبين
قيمة يوم التلف وغيرهما وكذا لو كان السائل قد قال فما الذي يلزمني كان سؤالا
عن اللازم ثم ان النكتة في التعبير في السؤال بعبارة العالم بالمسؤول عنه هو ان
السائل لما كان قد سمع من ابي حنيفة قوله بخالف فركبه الى النيل والى بغداد
فضمن قيمة البغل واسقط الكراء وقد سمع من المعصوم ع بطلان حكمه بسقوط الكراء
وقع في نفسه وسوسة من نفي ضمان البغل فاراد تقريرا لما قد علم سابقا
لعدم حصول الوسوسة في قلبه فسأل بقوله اليس كان يلزمني وغاية ما في الباب
ان المعصوم ع افاد تقريرا للمسؤول عنه مع زيادة التفصيل ببيان تعيين القيمة
التي تلزمه ولا مانع منه عقلا ولا عرفا كما لا يخفى على من له خبرة باساليب الكلام
ولكن لا يخفى عليك انا لا ننكر مع ذلك ظهور كون قوله ع يوم خالفته قيدا
للقيمة والنكتة في تنكير لفظ بغل المضاف اليه لفظ القيمة هو الجري على المتعارف

القيمة كلية يوم التالف او غيره انما استعملها اهل العرف بقياسها الى امثاله والافراد الشيء
الذي هو جزئي حقيقي ليس له قيمة مرسومة مقررة عندهم وتحصل المقال في هذا
المقام هو ان الفقرة المذكورة من الحديث ظاهرة في كون المناط هو قيمة يوم المخالفة
الذي هو يوم الغصب وهذا هو الذي يجب الاخذ به لكونه مدلول الخبر الصحيح
الظاهر في المطلوب وقد افتى به جماعة بل قيل ان القائلين بهذا القول هم
الاكثر ولا عبرة بالقواعد العامة مع ورود الخبر الخاص وهو ظاهر قوله قدس سره وقد ساعده
اطنب بعض في جعل الفقرة ظاهرة في تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه ولم يات بشيء
التركيب اللغوي ولا التفاهم العرفي وجه تخصيص هذا البعض بالذكر هو عدم
اكتفائه بالاحتمال وبناؤه على دعوى الظهور والانصاف انه لولا تعلق الظرف بقوله
نعم المفيد لمؤدى يلزمك كما احتمله جماعة وهو المراد بقوله المشهور تعلق
الظرف بلزوم القيمة عليه مضافا الى انهم قد استفادوا منه بعد تعلقه بيلزمك
كون الفقرة ساكتة عن تعيين القيمة بخلافه فانه استفاد منها بعض الدلالة
على قيمة يوم التلف واراد بقوله ولم يات بشيء انه في مساعدة الالفاظ اللغوية
المرتبة في السمع بحسب الدلالة اللغوية على ظهور الفقرة المزبورة في تعلق
الظرف بقوله نعم ونفي مساعدة سياق الكلام بحسب مذاق اهل التعارف
عليه والظاهر انه اشار بهذا الكلام الى ما ذكره صاحب الجواهر في كتاب
الغصب بقوله نعم ربما قيل انه ظاهر فيه بعد تعلق الظرف بالفعل المدلول عليه
بقوله عليه السلام نعم باعتبار ان سؤال الراوي عن الضمان بسبب التلف لا بسبب المخالفة
فطابقه الجواب للسؤال يقتضي ان يكون المراد منه نعم يلزمك يوم خالفته
هذا الحكم يعني نصب حكمك في هذا اليوم لزوم قيمة البغل ان هلك والمتبادر
منه بعد معلومية انه ليس المراد فيه ما هو قريب من زمان الى الموت

وهو

وهو ما قبل التلف وهذا معنى قيمة يوم التلف بل لعل تنكير بغل يومي الى ذلك انتهى اذ هو
اشارة الى انه يفرض الميت حيا والا فلا ريب انه لا يكفي قيمة اي بغل يكون وهو مناسب
لكون الظرف لغوا متعلقا بقوله يلزمك والا فلا يناسب التنكير اذ البغل يوم المخالفة
حي بالفرض والاستصحاب فالاولى تفريقه انتهى قوله قدس سره فانه اثبات قيمة يوم الاكتراء
من حيث هو يوم الاكتراء لا وجه وكل فيه لعدم الاعتبار به قال في الجواهر ان الظاهر
بناء قول المشهور الكبرى على غلبة عدم التفاوت في هذه المدة القليلة وعلى الاستصحاب
والا فلم يقل احد باعتبار القيمة حين الكرى لما هو واضح قوله قدس سره لان الظاهر من
صدر الرواية انه خالف لما ان تحرز وخرج الى الكوفة هكذا في النسخ المتداولة
والصواب من الكوفة كما في بعض النسخ ويمكن توجيه ما في النسخ المتداولة بتعليق الظرف
اعني قوله الى الكوفة بقوله خالف ولكنه لا يخلو من البعد حتى انه من جهة كونه ذكر
الظرف مستغنى عنه بحسب الغرض المسوق له هذا الكلام فافهم قوله قدس سره فالمعنى عليك
اداء الارش يوم رد البغلة لما كان تعلق الظرف بقوله عليك محتملا لمعنى اخر وهو ان
مراده انه يلزمك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم رد البغلة فيكون اليوم ظرفا لنفس
حدوث اللزوم وكان ذلك المعنى صحيحا من جهة ان الضمان المعلق يثبت بالمخالفة
والضمان المحقق يثبت بحدوث العيب فلذلك فرع على تعلق الظرف بقوله عليك ان
المعنى يلزمك اداء الارش يوم رد البغلة قوله قدس سره فهذا الاحتمال من هذه الجهة
ضعيف انتهى يعني ان احتمال كون قوله عليه السلام يوم ترده قيدا للعيب ضعيف كضعف
احتمال كونه قيدا للقيمة قوله قدس سره وحيث عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه
واللاحقة له في اعتبار يوم الغصب تعين حمل هذا النص على ذلك اما ظهور الفقرة
السابقة عليه وهي قوله نعم قيمة بغل يوم خالفته في اعتبار قيمة يوم الغصب فظاهر
واما ظهور الفقرة اللاحقة له وهي قوله عليه السلام او يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون

ان قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا فلما اشار اليه من ان اثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم
الاكتراء لا جدوى فيه لعدم الاعتداد به حيث ذكره هنا الكلام على وجه رسالته السابق
وضم اليه ان الظاهر من صدر الرواية هو اعتبار قيمة يوم المخالفة ومحصل ذلك كله ظهور
الفقرة اللاحقة بواسطة القرينة الخارجة التي هي مسلمية عدم اعتبار قيمة يوم الاكتراء والقرينة
الداخلة التي هي انضمام صدر الرواية اليها فيما ذكره قوله نعم يمكن ان يوهن ما استظهرناه
بانه يبعد ان يكون مبنى الحكم في الرواية على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية من عدم
اختلاف قيمة البغل في مدة خمسة عشر يوما ما استظهره ره عبارة عن كون المناط هو قيمة
يوم المخالفة ومراده ره بالحكم هو حكمه ع باعتبار قيمة يوم الاكتراء وغرضه من اثبات الموهن
تطبيق الصحيحة على القول باعتبار قيمة يوم التلف من حيث ان التلف ان فرض
وقوعه كان واقعا في اثناء المدة المذكورة ويحتمل ان يكون مراده ره بالحكم في الرواية
هو الحكم الذي قصد الامام ع بيانه فيها وهو الحكم باعتبار قيمة يوم التلف ويحتمل
ان يكون مراده ره بالحكم هو حكمه ع باعتبار قيمة يوم المخالفة ويحصل مراده ره على
الاحتمالات الثلاث هو انه وقع التعبير فيها عن يوم التلف بيوم الاكتراء لغلبة عدم اختلاف
القيمة وانت خبير بان ما نفى عنه البعد من قبيل الاحتمالات البعيدة التي لا يصادم
الظهور سيما بما ولا يعدل عن الظاهر اليها الا لمعارض قوي ولا يفيد مجرد نفيها
وانى له ذلك قوله ويكون السر في التعبير بيوم المخالفة دفع ما ربما يتوهمه
امثال صاحب البغل من العوام ان العبرة بقيمة ما اشترى به البغل وان نقص بعد
ذلك لا يخفى انما ذكره من السر لا يصلح لان يكون سرا في مثل ما نحن فيه
مما وقع فيه العدول عن احد المتباينين الى الآخر مع صلاحية المعدول عنه للغرض
الذي زعم ره انه وقع العدول لاجله الا ترى انه دفع توهم امثال صاحب البغل
من العوام من كون المناط هو الثمن الذي اشترى به البغل كان يحصل بان يقول ع

نعم

نعم قيمة يوم التلف فيبقى العدول خاليا عن النكتة بل يكون مما لا يسوغ لتضمنه الاغراء
بالجهل من جهة عدم قيام قرينة مفيدة للمراد فليس ما ذكره الا مثل ان يقول المتكلم
عند مجيء زيد في الواقع والاخبار عنه جاء عمرو لدفع توهم المخاطب ان الجائي بكر
مضافا الى انه لو كان غرضه ع دفع توهم ان المناط هو الثمن لاكتفى ع بقوله نعم قيمة
البغل من دون ذكر التقييد بقوله يوم خالفته بناء على ان الثمن عبارة عما وقع عليه
العقد والقيمة عما يساويه الشيء عند اهل الخبرة مع ان الاكتفاء بقيمة البغل او ما
يساوي يصلح لافادته مما هو من قبيل الاكتفاء عن الخاص بالعام وان كان من حيث جائز
مرتبة الصلاحية الا ان اثبات الوقوع يحتاج الى دليل من قرينة مقام او سياق
عبارة تقتضي ان الغرض المسوق له الكلام انما هو ما يتأدى باللفظ العام الا ترى
انه يصح ان تقول من يريد من مخاطبه احضار زيد جئني بانسان لكن اثبات ان غرضه
احضار خصوص انسان زيد دون مطلق من كان من افراد الانسان من عمرو وبكر
او غيرهما يتوقف على قيام دليل يحصل بذلك والا كان المأمور به هو احضار مطلق
الانسان في ضمن اي فرد كان بدلالة الظاهر قوله ويؤيده التعبير عن يوم
المخالفة في ذيل الرواية بيوم الاكتراء فان فيه اشعارا بعدم عناية المتكلم بيوم
المخالفة من حيث انه يوم المخالفة التقييد بالحيثية للاشارة الى ان العناية بيوم
المخالفة انما هي من حيث انطباقه على عنوان آخر ولا يصح ان يكون مراده ره بذلك
العنوان خصوص يوم الاكتراء لما عرفت في كلامه ره من عدم الجدوى فيه لعدم
الاعتداد به فلا بد من ان يكون مراده به خصوص يوم التلف وح نقول انه لا يلزمه
الالتزام بان نشأ من التعبير بنا على التعبير بيوم المخالفة والتعبير بيوم الاكتراء عنه
صدف لبيان ما هو الواقع وان مجرد الاختلاف في التعبير دليل على عدم اعتناء الشيء
منهما ولا يخفى ما فيه اذ لا وجه لتطويل الكلام والتعبير بعبارات متعددة كلها غير مطابقة

للواقع الا ان يكون هناك داع قوي من خوف او تقية او غير ذلك او تقوم هناك قرينة
صارفة عن الظاهر معينة لغيره وهذا بخلاف ما لو قلنا ان التعبير بيوم المخالفة لبيان
الواقع على ما هو الاصل في الكلام وان العدول عنه الى التعبير بيوم الاكتراء في ذيل الرواية
باعتبار غلبة انطباقه على ما ذكر اولا اعتمادا على كونه قرينة على المراد بما ذكر اخيرا فان
النكتة في التعبير بيوم الاكتراء عن يوم المخالفة انما هي كون القيمة في الاول مرآة لاستعلام
القيمة في الثاني فان ذلك مما لا يأباه عنه طريقة اهل التعارف واهل المحاورات وانه مما يظهر منه
المطلوب على وجه معتبر عندهم معول عليه لديهم ولا ريب في حجية مثل ذلك في كل لسان
الا انه يقال ان الوجه في التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التنبيه على سهولة
اقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء لكون البغل فيه غالبا بمشهد من الناس وجماعة
من المكارين بخلاف زمان المخالفة من حيث انه زمان المخالفة فتغيير التعبير ليس لعدم
العبرة بزمان المخالفة بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبينة كاليمين في مقابل قول
السائل ومن يعرف ذلك فتأمل ما ذكره ره في مقام الاستدلال حتى على ما لو فرضنا من غلبة
مطابقة قيمة يوم الاكتراء القيمة يوم المخالفة واما الامر بالتأمل فالظاهر انه للاشارة الى
ما بين كوه ره من عدم انطباق تحليف صاحب البغل بالبينة مع حكمه ع بتوجه اليمين
اليه على القاعدة وعدم انطباق توجيه اليمين الى المدعي الذي هو صاحب البغل
قبل ذلك فيكون الغرض من الامر بالتأمل تفطن الناظر في الكتاب الى الاشكال
من اول الامر وعدم توهم الاعتراف بصحة ما ذكره ره في مقام الاستدلال ويحتمل
ان يكون الامر بالتأمل للاشارة الى توهين ما ذكره من تشريك اليمين للبينة في
السهولة من جهة انه لا سهولة فيما تضمنته الصحيحة من اليمين على الكيفية المقررة
فيها من توجيه اليمين ابتداء الى صاحب البغل وان ردها الى الغاصب كان في ظرف
الخصومة ح لا قبل ذلك وان كان في اصل جعل اليمين على الوجه الكلي تسهيل من جهة كونها فاصلة

رافعة

رافعة للنزاع الا ان ذلك امر خارج عما نحن فيه راجع الى التسهيل من جهة رفع الخصومة وفي ذلك لانه
لا فرق فيما نحن فيه من جهة السهولة بين ان يكون الحلف اولا وظيفة للمالك وبعد ردها ثانيا
وظيفة للغاصب بسبب رده اليه وبين العكس ويحتمل بعيدا ان يكون الامر بالتأمل
للاشارة الى انه حتى ما ذكره في مقام الاستدلال على غلبة مطابقة قيمة يوم الاكتراء القيمة يوم
المخالفة ولازم الغلبة وقوع التخلف نادرا فيلزم الاغراء بالجهل بالنسبة الى صورة التخلف
ولكنه يندفع بان اصل المناط مذكور في الصحيحة اولا صريحا فيكون المراد بيوم الاكتراء
الخ هو ذلك فلا لبس واما على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة فلا بد من حمل
الرواية على ما اذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة او اللاحق له وادعى الغاصب
نقصانه عن تلك يوم المخالفة ولا يخفى بعده اما انطباق الصورة الاولى على ما اذا اتفقا
على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة وادعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة فلان
تحصل قول الغاصب هو انه كانت القيمة يوم المخالفة ناقصة فزادت والزيادة والتغير عما
كان عليه امر حادث ومقتضى الاصل عدمه فيكون قوله مخالفا للاصل وتحصل قول المالك
هو ان القيمة مستمرة على ما كانت عليه لم يتحقق زيادة ويكون قوله موافقا للاصل فيكون
هو المنكر الذي وظيفته الحلف بحسب الاصل هذا ولكن لا يخفى عليك ان منشأ البعد فيما
ذكره ره انما هو فرض اتفاقهما على خصوص اليوم السابق على يوم المخالفة او اليوم اللاحق
فيمكن توجيه الرواية بما لا بعد فيه بل هو الظاهر منها بان يقال ان من المعلوم ان الغالب
الشايع هو معلومية قيمة البغل في الايام التي تنتهي الى يوم المخالفة وتفترق بها فيما بين
المكارين وغيرهم ممن شاهد البغل بان ذلك امر مطرد ويحصل من انتقال الغاصب
معلوميتهم اتفاق بينه وبين المالك على قيمة البغل في تلك الايام فاذا اراد التخلف فلا بد
ان يدعي النقصان الطاري المخالف للاصل فيكون المنكر هو المالك وما قررناه امر
معتاد متعارف بين الناس ولا بعد فيه ثم انك اذا احطت خبرا بما ذكرناه في ذيل كلامه

ره قرينة على ان المراد ... اعني يوم المخالفة

المدرة علمت ان الصحيح ظاهرة الدلالة على كون العبرة بيوم الغصب ومعلوم انها حجة بما
وقد وقع الافتاء بما تضمنته في كتب جماعة كالمقنعة والمراسم وموضع من المبسوط والنهاية
والنافع وكشف الرموز وعن الارشاد الميل اليه وعن التحرير انه اختيار الاكثر فلا وجه لطرح
الرواية الصحيحة الظاهرة الدلالة والاحتياط في مقابلتها فتدبر فوكس واضعف من ذلك ره
الاستيناس بالرواية على اعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى التلف لما حكى عن الشهيد الثاني
قال في الجواهر بعد حكاية ذلك عن المسالك ما نصه ونحوه في الروضة الا انه لا يخفى ان هذا الخبر
الصحيح مع انه ذكر الاستدلال به للقول السابق يعنى ضمان قيمته يوم الغصب ثم قال في
لكن لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرناه عدم اشعار في الصحيح المزبور فضلا عن
الدلالة اللهم الا ان يقال انه بناء على تعلق الظرف بالفعل المستفاد من قوله نعم يكون
المراد ان ابتداء الضمان من ذلك اليوم الى يوم التلف فيضمن الاعلى منه ج بل ان جعل
متعلقا بالقيمة يكون المراد منه ذلك ايضا لعدم معقولية ضمان القيمة مع وجود العين
فيكون الحاصل انه تلزمه القيمة مع العطب من يوم المخالفة الا ان ذلك كله كما
ترى تجشم وخلط بين الضمان التقديري المتحقق بالمخالفة والضمان التحقيقي
الحاصل يوم التلف كما هو واضح انتهى فوكس عدا ما حكاه في الرياض عن
خاله العلامة قدس الله روحه من قاعدة نفي الضرر الحاصل على المالك ف
فيه نظر كما اعترف به بعض من تاخر الظاهر انه اراد به صاحب الجواهر حيث قال في
كتاب الغصب في ذيل بيان وجه تردد المحقق ره في اعتبار زيادة القيمة ونقصانها
بعد التلف ما لفظه قيل ان وجه القول بضمان اعلى القيم من حين الغصب
الى حين التلف قاعدة الضرر وذلك لان عدم تمكينه منها حين ارتفاع القيمة
ضرر عليه وتفويت لتلك المنفعة العليا ومن هنا كان هو خيرة العلامة الاكبر
الاقا محمد باقر البهبهانى ره فيما حكى عنه الا انك قد عرفت فيما تقدم اقتضاء القاعدة

المزبورة

المزبورة ضمان الاعلى مع فواته وان رد العين نفسها وهو مخالف للاجماع بل قد عرفت
عدم الضمان فيما اذا منعه من بيع ماله بقيمة عالية انتهى فوكس فتامل الامر بالتامل للاشارة
الى ان ما ذكره ليس توجيها لما استدل به العلامة ره للقول باعتبار يوم الغصب وانما هو اجراء
نظير ما ذكره بالنسبة الى العين في ارتفاع مراتب القيمة وليس استدلاله ره مبنيا على ما علله
به المقدس ره بقوله ولاجل ذلك استدل العلامة ره في التحرير من مطلق انقطاع السلطنة
وذلك لان ما استدل به العلامة ره انما هو انقطاع السلطنة الفعلية التي هي كون المال
تحت يد المالك حسا ولهذا جعله دليلا على القول باعتبار خصوص قيمته يوم الغصب
ولم يتعد الى غيرها وما ذكره المقدس ره في التوضيح عبارة عن عدم السلطنة الشانية بمعنى ان
العين لو كانت تحت يده لكان قادرا على تحصيل الزيادة اى تملكها ان عرفنا تبعيتها ملكية
العين ولهذا جعله دليلا على اعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف و
شتان ما بينهما فافهم فوكس ثم انه حكى عن المفيد والقاضي والحلبي الاعتبار بيوم البيع
فيما كان فساده من جهة التفويض الى حكم المشترى آه هذه المسئلة بناء على فتوى هؤلاء
الجماعة نظائرها مما تفرد به المقبوض بالبيع الفاسد عن المغصوب من حيث اعتبار
خصوص يوم البيع ولا ينطبق على شيء من الاقوال الموجودة في المغصوب واما ما اورد على
ما احتمله المقدس ره من تاويل كلامهم بارادة يوم القبض من يوم البيع فيطابق من الاقوال
الجارية في المغصوب القول باعتبار قيمته يوم الغصب هذا ولكن يبقى الكلام في وجه
تخصيصهم الحكم الذي بنوا عليه على ما اذا كان فساد البيع من جهة التفويض تعيين
الثمن الى حكم المشترى دون غيره من وجوه فساد البيع كما لو كان البايع صبيا
او مجنونا ونحو ذلك ولم يعلم الوجه في ذلك كما لم يعلم انهم على ما ذا يحكمون في غير
الوجه المذكور من وجوه فساد البيع فوكس ثم انه في حكم تلف العين في جميع
ما ذكر من ضمان المثل او القيمة حكم تعذر الوصول اليه وان لم يهلك كما لو سرق

او غرق او ضاع او ابق هذا شروع في احكام الضمان بسبب الضمان المحقق فعلية بالحيلولة
بين المالك وماله وجميع ما ذكره بعد هذا من الاحكام الى اخر هذه المسئلة مما
يختص به دون غيره من اسباب الضمان وقد وقع التنصيص في كلماتهم على كون الحيلولة
سببا للضمان فان المحقق في يع اذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل
ويملكه المغصوب منه ولا يملك الغاصب العين المغصوبة ولو عادت كان لكل منهما
الرجوع وقال الشهيد في عد بعد تقسيم الضمان الى ما يكون بالقوة وما يكون بالفعل
ما نصه والضمان الفعلي تارة يكون بعد تلف العين ولا ريب انه مبرئ لذمة الضامن ويكون
من باب المعاملة على ما في الذمم بالاعيان وهو نوع من الصلح وتارة مع بقاء العين
لتعذر ردها وهو ضمان في مقابلة فوات اليد والتصرف والملك باق على ملك
مالكه الى اخر ما قال وهذا الذي افاده بيان على وجه الكلية وقد وقع التصريح
بذلك في الموارد المخصوصة فمنها ما ذكره العلامة ره في القواعد حيث قال ولو ابق
العبد المغصوب ضمن في الحال القيمة للحيلولة فان عاد ترادا ومنها ما لو اقر
انسان بما في يده من العين لزيد مثلا ثم اقر بها لعمرو فانهم حكموا بانه يغرم للثاني
للحيلولة بينه وبين العين بالاقرار ومنها ما لو شهدت البينة بالطلاق ثم
رجعت عن الشهادة بعد حكم الحاكم بالتفريق بين الزوج وزوجته فانهم حكموا
بان الشهود يغرمون للزوج المهر وكذا الحال في رجوع البينة عن الشهادة
في الماليات كل ذلك لمكان الحيلولة المستندة الى الشهادة ومنها ما لو ارتدت الزوجة
او ارضعت من ينفسخ بارضاعه نكاحها فانهم حكموا بثبوت مهر المثل للزوج عليها
لمكان الحيلولة ومنها ما لو ادعى زوجية امرأة قد عقد عليها اخر ولم يكن له بينة
على دعواه فان جماعة من الاصحاب قد بنوا على سماع دعواه حتى يعني عدم لغوية
الدعوى وانه يوجه اليمين عليها وقالوا ان فائدة توجه اليمين عليها هنا هي احتمال

اقرارها

اقرارها او رد اليمين عليه فيحلف فتكون زوجته عند طلاقها او موتها من الزوج الاول
عنها او ثبوت مهر المثل عليها للحيلولة بينه وبين البضع بالعقد الثاني ومنها
ما لو باع او صالح او وهب شيئا على انه له ثم اقر به لزيد فانهم حكموا بانه يغرم للمقر له
عوضه مثلا او قيمة للحيلولة بين المقر له وماله بالعقد الناقل ومنها ما لو ادعى زوجيتها
اثنان فصدقت احدهما ثم اعترفت للاخر فان جماعة من الاصحاب قد صرحوا بثبوت
مهر المثل عليها للثاني لمكان الحيلولة ومنها ما ذكروه من ضمان الامام عم المهر
للزوج الكافر المهادن اذا هاجرت زوجته الى بلد الامام عم او نائبه مسلمة ثم
طلبها الزوج فمنع عنها الامام عم فان اصحابنا قد اجمعوا على ان على الامام عم
غرامة المهر للزوج واستدل العلامة ره في المنتهى لهذا الحكم بقضية الحيلولة
ومنها ما ذكروه من ضمان واطئ البهيمة لمالكها القيمة لمكان الحيلولة ومنها
ما ذكروه في كتاب القصاص من ان من اطلق مستحق القصاص من يد الولي الزم بدفع
المال للحيلولة ثم ان تمكن منه الولي لزمه رد المال الى القاهر المطلق لان اخذ المال
انما كان للحيلولة وقد زالت الى غير ذلك من الموارد واذ قد عرفت ذلك فاعلم انه
ينبغي تحقيق القول في ان الغاصب حيث يتعذر عليه تسليم العين واعادتها
الى المالك هل هو ضامن للبدل فعلا على نحو ضمانه له في صورة التلف المحقق
او لا لكون ذمته مشغولة بالبدل وانما يجب عليه دفعه وجوبا تكليفيا محضا احتمالان
بل قولان وتظهر الثمرة في كونه دينا ثابتا في ذمته ينفذ ابراؤه وبيعه واسقاطه و
الضمان عنه والحوالة عليه وحصول التهاتر به على الاول بخلافه على الثاني والمنع
على الاول يجب على المالك القبول لو دفعه اليه بخلافه على الثاني وقد يتخيل انه
وقع عبارات الاصحاب في المقام على وجوه ثلثة فمنها ما هو نص في الضمان الفعلي كالعبارة المتقدمة
عن الشهيد في عد والعبارة المتقدمة عن العلامة في عد في مسئلة اباق العبد المغصوب

القيمة

ومنها ما هو صريح في الاحتمال الثاني كما قد يتوهم انه صريح كلام المصنف قدس سره حيث قال ثم ان ثبوت
مع تعذر العين ليس كثبوت المثل مع تلفها في كون دفعها حقا للضامن بل له ان يمتنع من
اخذها ويصبر الى زوال العذر كما صرح به الشيخ في المبسوط ويدل عليه قاعدة تسلط المالك
على اموالهم انتهى وكانه اخذ هذا المضمون من العلامة في التذكرة حيث قال فيها
ليس للغاصب ان يلزمه قبول قيمة الحيلولة لانها ليست حقا ثابتا في الذمة حتى
يجبر على قبوله او الابراء عنه بل للمالك ان يمتنع عنه ولم ينقد انتهى وما ذكره من التمسك بقاعدة
السلطنة لا يخلو من تامل ومنها ما هي محتملة للاحتمالين كعبارة المحقق في الشرائع وغيره
حيث عبر بالدفع الذي هو اعم من كونه من حيث الضمان او التغريم وربما يحتمل في
المسئلة وجه اخر لم اقف على من نص عليه وحاصله التفصيل بين اسباب التعذر
فيقال بالضمان الفعلي فيما تعذر العين بسببه تالفة عرفا كالسرقة والغرق والاباق
لقاعدة من اتلف وبعدمه فيما لا يكون كذلك كما لو غصبها منه غاصب مقتدر لا يقدر
هو على انتزاعها منه ولك تفصيل النظر فيما ذكرنا على ظاهر كلمة على في قوله على اليد
ما اخذت في ذلك مضافا الى ما سمعته من قاعدة الاتلاف بتقريب ان الغاصب
الحائل بين المالك وماله بسبب غصبه العين واخراجها عن حيطة سلطنة المالك
يكون متلفا عليه اليد وسلطنة التصرفات وبعبارة اخرى يكون متلفا عليه المالية
فيشمله قاعدة من اتلف مال غيره فهو له ضامن فان قلت هذه الكلية الدائرة في
السنة الاصحاب لم يثبت بها رواية من طرقنا قلت هذه الكلية بهذه العبارة وان
لم تكن رواية الا انها مستفادة من مضامين جملة من الروايات الواردة في الابواب
المتفرقة التي منها ما ورد في ضمان واطئ البهيمة لمالكها معللا بانه قد افسد على المالك
ماله ومنها ما دل على تغريم الشهود اذا رجعوا عن الشهادة ومنها ما ورد في ضمان
من اعتق شقصا من المملوك المشترك بينه وبين غيره القيمة للشريك معللا بتقصيره

الافساد

الافساد ففي الصحيح عن الصادق عليه السلام في المملوك بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه قال
ان ذلك فساد على اصحابه لا يقدرون على بيعه ولا مؤاجرته قال يقوم قيمة فيجعل
على الذي اعتق عقوبة وانما جعل ذلك عليه عقوبة لما افسده وبمعناه موثقة سماعة
سئلته عن المملوك بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه فقال هذا فساد على اصحابه يقوم
قيمة ويضمن ثمنها الذي اعتقه لانه افسد على اصحابه وانت اذا تتبعت الاخبار وجدت هذه
الكلية المزبورة من القواعد المحكمة التي لا مجال للمناقشة فيها اصلا بعد استفادتها
من الروايات وفتاوى الاصحاب حينئذ قوله قدس سره لكن ظاهر كلمات بعضهم التعبير بالتعذر
وهو الاوفق باصالة عدم تسلط المالك على ازيد من الزامه برد العين فتامل الظاهر
ان الامر بالتامل للاشارة الى عدم العبرة باصالة عدم تسلط المالك بعد ملاحظة
اطلاق قوله عليه السلام الناس مسلطون على اموالهم بالتقريب الذي ذكره فيما لو كان التعذر
مختصا بزمان وكان يرتفع بعد ذلك من ان تسلط المالك على ماله الذي فرض
كونه في عهدة الغاصب يقتضي جواز مطالبته اياه بالخروج عن عهدته بتقريب
ان لا فرق بين كون التعذر مختصا بزمان وبين ما لو كان التعذر مستندا
الى انتفاء مقدمات لا تتيسر ولا تحصل الا بعد السعي في تحصيلها في زمان من حيث
كون المال في عهدة الغاصب من جهة استيلاء يده عليه وحيلولته بينه وبين
مالكه فان كان كون المال في عهدة الغاصب هناك يوجب جريان قوله عليه السلام الناس
مسلطون على اموالهم لزم الجريان ههنا ايضا قوله قدس سره ثم ان المال المبذول يملكه المالك
بلا خلاف في المال المبذول بدل الحيلولة قوله قدس سره فالمبذول هنا كالمبذول
مع تلف العين في عدم البدل لم يبق للمالك المبذول مع تلف العين فجاز غرامة
وليست العين بدلا لم يملك الحالة في المبذول بدل الحيلولة قوله قدس سره لم يبعد انكشاف
ذلك عن انتقال العين الى الغارم كان الاولى ان يقول كشف ذلك قوله قدس سره

بل لو استلزم رده ضررا ماليا على الغاصب امكن سقوطه فتامل الظاهر ان الامر بالتامل
للاشارة الى ان الامر برده وان كان مجرد تكليف لا تقابل بالمال ولا يغرم
شيئا لو تركه الا ان مجرد ذلك لا يستلزم جواز سقوط الرد عند استلزامه
ضررا لان المفروض ان العين الخارجة عن حيز التقويم ملك للمغصوب منه فلم
تثبت به ولم يلحق فيه وقد صار الغاصب سببا لحيلولته عنه وانقطاع سلطنته
عليه فلا يسقط عنه الرد عند استلزامه الضرر كما لا يسقط عنه رد العين
المغصوبة الباقية على قابلية التقويم عند استلزامه الضرر المالي عليه من حيث انه
هو الذي اقدم على التعدي والمسبب لان يلحقه التكليف بالرد والخروج عن
العهدة فوكس ولعلهم عن ذلك منهم ان ظاهرهم عدم وجوب اخراج الخيط
المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالاخراج فيتعين القيمة
فقط محمول على صورة تضرر المالك بفساد الثوب المخيط او البناء المستدخل
فيه الخشبة كما لا يابى عنه عنوان المسئلة فلاحظ ما حكاه المقررة عن التذكرة منقول
بالمعنى لانه قال فيها في مسئلة وجوب رد المغصوب اذا غصب خشبة وادرجها
في بنائه او بنى عليها لم يملكها الغاصب بل عليه اخراجه من البناء وردها الى
المالك الى ان قال ثم انه اخرجها وردها الى مع ارش النقص ان دخلها نقص
ولو بلغت حد الفساد على تقدير الاخراج بحيث لا يبقى لها قيمة فالواجب تمام
قيمتها وهل يجبر على اخراجها نظر من فوات المالية وبقاء حق المالك في
العين وظاهرهم عدم الوجوب وانما تنزل منزلة المعدوم ولو قيل بوجوب
اعطائها المالك لو طلبها كان حسنا وان جمع بين القيمة والعين انتهى وجه
حكايته هنا عنه في اخراج الخيط المغصوب عن الثوب هو انه صرح بعد ذلك
في ذيل قول المحقق ره ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة الخ بان الخيط المغصوب

ان خيط

ان خيط به ثوب ونحوه فالحكم كما في البناء على الخشبة فللمالك طلب نزعه وان افضى
الى التلف ويضمن الغاصب النقص ان اتفق وان لم يبق له قيمة ضمن جميع
القيمة ولا يجبر ربه على اخذه ملك المالك كما سبق فيجمع بين العين والقيمة
انتهى ولذلك جمع المقررة في مقام الحمل بين الثوب المخيط والبناء المستدخل
فيه الخشبة وقد كان كلامه ره في الخيوط المغصوبة من حال ذكر عبارة القواعد
الى هنا عنوان المسئلة الذي اشار اليه فهو عبارة عن مثل قول المحقق يجب
ردها المغصوب ما دام باقيا ولو تعسر كالخشبة تستدخل في البناء واللوح
في السفينة والوجه في عدم اباء العنوان هو انه مطلق شامل لما اذا فسد المخيوط
او المختشب بالنزع وما اذا لم يفسد كما ان عدم فسادهما بالنزع اعم من ان
يكون في النزع ضرر على مالك الثوب او البناء وهو الغاصب وان لا يكون
ضرر عليه فيقيد اطلاق وجوب الرد بما اذا لم يلزم مع فسادهما بالنزع ضرر على
مالك البناء او الثوب وذلك بمعونة الادلة النافية للضرر ومعلوم ان
الاطلاق لا يابى عن التقييد هذا غاية ما وسعني من ايضاح المقصود ولكنك
خبير بانه يمكن دفع الالتزام بالتقييد ح بان الضرر اذا كان متوجها الى
الغاصب كان مما اقدم هو عليه فلا يصلح وجها للضرر ح لنفي الحكم فتدبر
د الحكم يكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان الاجرة والنماء الى دفع البدل
وان تاخر عن التعذر مما لا يجتمعان ظاهرا يعني ان الحكم بكون يوم التعذر مثل
يوم تلف العين في عدم استحقاق المالك لارتفاع قيمتها مع كون الحكم بضمان
اجرة العين ونمائها المتصل كالسمن او المنفصل كالصوف واللبن حاصلا عندهم
مما لا يجتمعان فيجب ان يحكم بضمان ارتفاع القيمة كما حكموا بضمان الاجرة والنماء فيكسي
اذا ارتفع التعذر برد العين وصار ممكنا وجب رده على ما لكه كما صرح به في جامع المقاصد

فوراً وان كان في احضاره مؤنة لما كان قبل التعذر لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي
لا يخفى ان التمسك بالحديث موقوف على افادته للحكم التكليفي الذي هو وجوب
الرد وقد بينا سابقا عدم افادته له وان مؤداه ليس الا بيان الحكم الوضعي الذي هو
ثبوت الضمان والخروج عن عهدة المال المأخوذ بسبب الاخذ الى ان يرده الى صاحبه
ولا يتوهم ان كون هي الغاية من قبيل الافعال الاختيارية يقتضي مطلوبيته من
المختار كما في قولك الزم زيدا حتى يوفيك حقك ومنه قوله تعالى فان بغت احديهما
على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فيفيد الحديث مطلوبية الرد على
هذا الوجه لانا نقول ما ذكر انما هو بمعونة المقام والا فمجرد كون الغاية من قبيل
الافعال الاختيارية لا يدل على ذلك لانه اعم والعام لا يدل على الخاص ففيما نحن فيه
لم يعلم كون مطلوبية الرد مقصودة مرادة من هذا الحديث فلا يدل عليها لفظ
الحديث الا بالقرينة وبعد ثبوت وجوب الرد من الخارج والمفروض ان المراد
هنا اثبات وجوب الرد به فلا يتم المطلوب فتدبر قوله قدس سره وكون العين مضمونة
بما لا شيء آخر في ذمة الغاصب بالجر عطف على ما قبله من المجرور بعلى اعني قوله ملك
مالك العين قوله قدس سره ومجرد عود التمكن لا يوجب عود سلطنة المالك حتى يلزم
من بقاء مالكيته على الغرامة الجمع بين العوض والمعوض يعني ان مجرد عود تمكن
الغاصب من العين عود سلطنة مالكها حتى يلزم من بقاء مالكيته مالكها على
الغرامة الجمع بين العوض الذي هو الغرامة والمعوض الذي هو سلطنة مالكها
قوله قدس سره غاية ما في الباب قدرة الغاصب على اعادة السلطنة الفائتة المتداركة
بالغرامة ووجه بناء عليه ليس مراده بالسلطنة الفائتة خصوص السلطنة الفائتة
في الزمان السابق حتى يتجه عليه ان ذلك مما لا يمكن اعادته بل مراده جنس السلطنة
وقوله ووجه بناء بالجر عطف على ما قبله من لفظ الغرامة المجرور بالباء قوله قدس سره ولو لم يدفعها

لم يكن

لم يكن له مطالبة الغرامة اولا اذ ما لم يتحقق السلطنة لم يعد الملك الى الغارم فان الغرامة
عوض السلطنة لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك فتأمل هذه الجملة
عطف على قوله فان دفع العين والضمير المنصوب في قوله لم يدفعها عائد الى العين
يعني انه لو لم يدفع الغاصب العين لم يستحق مطالبة الغرامة قبل دفع العين لان
الغرامة بدل عن السلطنة التي انتزعها الغاصب من مالك العين وما لم يتحقق
المبدل منه ولم يوجد لم يرتفع ملك مالك العين عن البدل وليست الغرامة بدلا
عن قدرة الغاصب على تحصيل السلطنة لمالك العين بدفع العين اليه حتى
يصح ان يقال انه قد تحقق ما ابدلت الغرامة عنه فتخرج الغرامة عن ملكه الى ملك
الغارم الذي هو الغاصب واما الامر بالتأمل فهو للاشارة الى تحقيق ما ذكره
وتثبيته ودفع توهم ان المقام نظير البيع وان لكل من البايع والمشتري ان يمتنع
من تسليم ما له حتى يتسلم مال الآخر لانهما متقابضان ووجه اندفاع ذلك التوهم
هو ان كلا من الثمن والمثمن عوض عن الآخر ولهذا عرف البيع بالمعاوضة والمبادلة
بخلاف ما نحن فيه فان احدهما عوض وهي الغرامة والآخر معوض وهي السلطنة
وما لم يتحقق المعوض لم يرتفع العوض قوله قدس سره ولذا لو اباح لغيره بمجرد بذل الغرامة
يعني ان المالك للعين لو بذل الغرامة وجدها للغاصب بان قال ما اريد منك
الغرامة او ردها اليه على وجه البذل والعطية بعد اخذها منه لم يصر مجرد بذلها
موجبا لاباحة العين للغاصب ولو كانت الغرامة عوضا عن مطلق سلطنة المالك
وقد بذل العوض بعد قبضه او قبله كان ذلك بمنزلة بذل المعوض عنه وكان
من اللازم سقوط سلطنة المالك بل اباحة العين للغاصب قوله قدس سره وفيه
ان العين بنفسها ليست عوضا ولا معوضا هذا الاعتراض بان الواقع من
عدم كون العين بنفسها عوضا ولا معوضا فلا يتوهم منه انه يبتني على تسليم حوالة

الحبس من كلام صاحب العيني والغرامة ومما ذكرنا في عقب الكلام بقوله والاقوى هو الاول
قوله سره والاقوى هو الاول الوجه فيه ما بيناه في وجه الامر بالتامل المذكور وقد ثبت
دفع التوهم في الحاشية السابقة قوله سره واما ما اشتهر من ان الغاصب ماخوذ باشق الاحوال
فلم نعرف له ماخذا واضحا وجدت فيما حرره بعض الفضلاء مما افاده الشيخ الفقيه المحقق موسى ٢ بن جعفر
الغروي قده في محل البحث تقييد هذه القاعدة المشهورة بما اذا كانت المشقة في الغرامة والمؤنة
احترازا عما اذا كانت المشقة في الكيفية كما لو كان الرد مشتملا على العسر قال في مسئلة وجوب
رد المغصوب الى صاحبه ولو ادى رده الى عسر العسر الذي لا نضايق عنه في الالزام بحكم
برد العين هو ما لم يصل الى حد المشقة الغير المتحملة عادة فلو وصل الى تلك الحد فهو في
التعذر بل الظاهر انهم كلما يعبرون بالتعذر مع الاطلاق يريدون به ما يعم هذا النوع
من التعسر الذي لا يكون من التعذر الحقيقي العادي فان قلت لم لا يجوز الالزام
برد العين وان ادى الى عسر غير متحمل ومن اين الحاق هذا النوع من العسر بالتعذر
بل الدليل على الحاقه بالعسر الغير المضايق عن لزومه موجود وهو ما اشتهر عندهم
من ان الغاصب يؤخذ بالاشق قلنا المراد بقولهم المذكور انما هو اخذه بالاشق في الغرامة
لا في غيرها والمشقة الحاصلة في الرد ليس مما ذكروا فيها الاخذ بالاشق فلو كانت
للنقل مثلا مؤنة فهي على الغاصب بما ذكره هكذا فلا تذهل انتهى الكلام

في شروط المتعاقدين قوله سره المشهور كما عن التحرير والكفاية بطلان عقد
الصبي قال في الدروس ونعتبر في المتعاقدين بلوغهما وعقلهما فعقد الصبي
باطل وان اذن له الولي او اجازه او بلغ عشرا على الاشهر انتهى ويدل قوله على الاشهر
على ان القول بالصحة ولو في الجملة ليس قولا نادرا وكيف كان فالذي وجدناه
من الاقوال نقله وتحصيله في مقابل المشهور وجوه احدها جواز بيعه اذا بلغ
عشرا وجعله في التذكرة وجها قال وفي وجه لنا وللشافعية جواز الاختبار وفي وجه

لابي حنيفة

لابي حنيفة انعقاد بيع المميز بغير اذن الولي موقوفا على اجازة الولي وفي وجه اخر لنا جواز
بيعه اذا بلغ عشرا انتهى ونسبه في التحرير الى رواية حيث قال في رواية لنا صحة
بيعه اذا بلغ عشر سنين رشيدا انتهى وفي جامع المقاصد ولا عبرة بعقد الصبي وان بلغ
عشرا خلافا لبعض الاصحاب انتهى وحكى ذلك عن قول المحقق ره وكذا لو بلغ عشرا عاقلا
على الاظهر ما لفظه هذا هو الاقوى وقيل بجواز بيعه بالوصفين وهو ضعيف انتهى
وفي شرح الارشاد للمحقق الاردبيلي ره قيل بجواز عقده اذا بلغ عشرا وفي المفاتيح و
عن الشيخ قول بجواز بيع الصبي اذا بلغ عشرا عاقلا انتهى وقد وجدنا في المبسوط
ما لفظه ولا يصح بيعه وشراؤه اذن له الولي ام لم ياذن وروي انه اذا بلغ عشر سنين
وكان رشيدا كان جائزا انتهى وفي الخلاف ما لفظه لا يصح بيع الصبي وشراؤه
سواء اذن له الولي فيه او لم ياذن وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة ان كان
باذن الولي صح وان كان بغير اذنه وقف على اجازة الولي دليلنا ان البيع والشراء
حكم شرعي ولا يثبت الا بالشرع وليس فيه ما يدل على ان بيع الصبي وشراءه صحيح وايضا
قوله ص رفع القلم عن ثلثة عن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يبلغ وعن النائم
حتى يستيقظ انتهى ولعل صاحب المفاتيح عثر عليه في غيرهما من كتبه وفي الرياض
بعد حكاية هذا القول عن الشيخ ره ما لفظه ولم اقف على مستنده سوى القياس بجواز
وصيته وعتقه وطلاقه وفيه منع القياس اولا ثم المقيس عليه ثانيا الا ما قام الدليل المعتمد
به عليه وكونه مع الفارق ثالثا لتضمن الغرض تكاليف ليس محلها دون الامور المزبورة
انتهى لكن لا يخفى ما في الاخير لجواز تعلق التكاليف بالولي او به بعد البلوغ
وان لم يجز في الحال الا ان يقال ان مراد القائل هو الصحة بمعنى ترتب جميع ما يترتب
على بيع الكامل ثانيها ما اتى في كلام المحقق الاردبيلي ره من جواز بيعه وساير معاملاته
اذا كان بصيرا مميزا رشيدا يعرف نفعه وضرره في المال وطريق الحفظ والتصرف والذي

يصلح حجة لهذا القول وجوه الاول الاطلاقات والعمومات الدالة على صحة البيع وغيره
من المعاملات الثاني السيرة المستمرة من زماننا الى زمان النبي صلى الله عليه وآله المفيدة لصحة معاملاته
فان المسلمين في جميع الاعصار يجرون على معاملاته اثار الصحة الثالث ما افاده
كلام المحقق الاردبيلي رحمه الله حيث قال وبالجملة اذا جوز عتقه ووصيته وصدقته
بالمعروف وغيرها من القربات كما هو ظاهر الروايات الكثيرة لا يبعد جواز بيعه
وشرائه وسائر معاملاته اذا كان بصيرا مميزا رشيدا يعرف نفعه وضره في المال
وطريق الحفظ والتصرف كما نجده في كثير من الصبيان فانه قد يوجد منهم من
هو اعظم في هذه الامور من ابائهم فلا مانع له من ايقاع العقد خصوصا مع اذن
الولي وحضوره بعد تعيينه الثمن الا ان يقال قد لا يقصد لجهله او علمه بعدم عقابه
ولكن ذلك قد يندفع من العلم بحاله قال في التذكرة وهل يصح بيع المميز وشراؤه
باذن الولي الوجه عندي لا يصح انتهى اقول من جملة الروايات التي اشار اليها
رواية زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال اذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله
ما اعتق او تصدق او اوصى على حد معروف وحق فهو جائز اقول ويرد على الاول
بان العمل بالعمومات والاطلاقات مشروط بالفحص خصوصا مع تطرق الوهن اليها
بكثرة التخصيص ولا بد من وقوع الفحص في مظانه وليست الا فتاوى الفقهاء رضي الله عنهم
وعملهم بها فانه يعلم من عملهم بها عدم تطرق التخصيص اليها في المورد الذي عملوا
بها ولم نجدهم قد عملوا بها في نفي اشتراط البلوغ ولم يحكموا الا ببطلان معاملاته
من البيع وغيره فلا يصح التمسك بالاطلاقات والعمومات في الحكم بصحتها لكونها
موهونة وعلى الثاني بان قيام السيرة على اجراء حكم الصحة على معاملاته ناشئ من
مسامحتهم في امر الدين وعدم مبالاتهم بمخالفة احكام الاسلام فلينبغي حال هذه
السيرة الا مثل حال استقرار سيرتهم على غيبة المسلمين وكيف لا يكون كذلك وقد نص

الفقهاء

الفقهاء رضي الله عنهم على اشتراط البلوغ في المتعاقدين المستلزم لبطلان عقده فيعلم من ذلك
عدم تحقق السيرة في الحقيقة لان اعظم من يقوم به السيرة هم الفقهاء رضي الله عنهم فكيف
يصير عمل غيرهم الناشئ من المسامحة حجة وعلى الثالث بانه لا نسلم الا بعد اثبات
الملازمة بين العتق والوصية والصدقة وبين البيع والاجارة وغيرهما من
المعاملات وهي ممنوعة فان صحة الثلثة الاول منه حكم تعبدي ثبت في مورده
فلا نتعدى منه الى غيره فان صحة الثلثة الاول منه حكم تعبدي ثبت في مورده
فلا يتعدى لدليل واذ ليس فليس ثالثها صحة بيع المميز مقيدا بكونه بلا عوض اذن
الولي رابعها ما حكي عن العلامة رحمه الله وفاقا لغيره من بعض العامة وبعض الخاصة
من صحة بيعه في مقام الاختبار مع التميز وسياق الكلام في صحة النسبة وعدم
صحتها عند حكاية المصنف هذا القول عنه في التحرير كيف كان فمستند هذا القول
قوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم
اموالهم نظرا الى ظهوره في كون الاختبار قبل البلوغ ولازم الامر به صحة ما اوقعه
من عقد وغيره ولكن فيه ان الاختبار غير منحصر في ايقاع نفس العقد لحصوله
بغير ذلك من المقدمات التي منها المساومة والمماكسة فلا ينافي جواز عقده وكونه
مما يعتد به شرعا خامسها ما ذهب اليه صاحب المفاتيح رحمه الله من صحة عقده في
مقام المحقرات والمورد الذي هو فيه بمنزلة الالة واستند في ذلك الى لزوم
الحرج في تركه قال رحمه الله فيها والاظهر جواز بيعه وشرائه فيما جرت العادة به منه
في الشيء الدون دفعا للحرج في بعض الاحيان وكذا فيما كان فيه بمنزلة الالة
لمن له الاهلية انتهى وفيه انه لا حرج في ترك معاملة الصبي مطلقا فالى انه على
تقدير تحققه فيه لا يكون الحرج منشا للحكم حتى نحكم بصحة عقد الصبي وان كان
عند لزوم الحرج من ترك معاملته يجوز تناول ما في يده للمضطر ويترتب عليه

الضمان على حد جواز اخذ المخمصة فان جواز اخذ مال الغير حرج لا يلزم منه صحة معاملته
ولا يقتضي انتقال ذلك المال الى الاخذ غاية ما يترتب عليه الضمان ويؤكد الايراد
اعترافه بكون الحرج في بعض الاحيان فانه حينئذ يقال انه لو كان الحرج غالبيا او دائميا
لم يكن ينافي منه شرعية عقده مع كون الحرج في بعض الاحيان لا يثبت شرعيته
بالطريق الاولى وفساد سيما ما اختاره صاحب الرياض ره من الاقتصار على استثناء
الصبي الذي هو بمنزلة الالة فحكم فيه بجواز عقده ومعاملته مستندا فيه الى
السيرة المستمرة قال ره بعد موافقة الاكثر في اشتراط البلوغ في المتعاقدين ما لفظه
نعم الاظهر جوازه فيما كان فيه بمنزلة الالة لمن له الاهلية لتداوله في الاعصار
والامصار السابقة واللاحقة من غير نكير بحيث يعد مثله اجماعا من المسلمين
كافة لكن تخصيصه بما هو المعتاد في امثال هذه الازمنة فانه الذي يحكى
فيه دعوى اتفاق الامة انتهى واورد عليه بان دليله لا ينطبق على مدعاه
لان مدعاه انما هو تجويز معاملة الصبي الذي هو بمنزلة الالة والذي جرى عليه
طريقة الناس هو الاخذ من هؤلاء الصبيان المباشرين للمعاملات وفيهم
من ليس صادرا عن امر وليه الشرعي اما لاستقلاله او لكونه صادرا عن امر
امه او اخيه او غيرهما من اقاربه او خواصه فلا يثبت من هذه السيرة ما هو
بصدده من صحة معاملة من كان الة للولي والذي يحقق عليه لا يلتزم به هو ره
مضافا الى ان ما بيناه كاشف عن كون عملهم ناشئا من عدم المبالاة وسيأتي
في كلام المصنف ره زيادة توضيح لذلك انتهى مضافا الى ما قيل في رده من ان مقتضى
كونه بمنزلة الالة هو ان الصحة فيه على طبق القاعدة وذلك مستلزم لعموم الحكم
للمجنون والسكران بل البهائم حتى في الامور الخطيرة اذ المعاملة في الحقيقة
انما هي بين الكاملين فلا فرق بين الجميع ولا وجه للاقتصار على الصبي في المحقرات

وان

وان امكن ذلك لمن تمسك لذلك بالسيرة منع دخوله تحت القاعدة لان المتيقن
من موردها ولكن قد يدفع بان الاخذ بذلك من باب الاخذ بالقدر المتيقن
او بان مدركه الاولوية ايضا هي السيرة اذ لا قاعدة تقتضيها وبذلك يندفع الايراد
الذي اورده المصنف ره اذ لا سيرة على التفصيل الذي ذكره وانما المتيقن منها
مع تسليمها في الجملة هي الصورة المزبورة واما منعها مطلقا فلا وجه له كما يعرفها
ما سيأتي في حكايته في كلام المصنف ره عن العلامة ره في لف من انه حكى في باب المزارعة
عن القاضي كلاما يدل على صحة بيع الصبي وظاهره الاطلاق وعدم التقييد بما
قيده ارباب الاقوال الاخر من التجويز في الجملة ولعل مستنده الاطلاقات
الدالة على شرعية المعاملات من دون تقييد فيها بما يدل على الاختصاص
بالبالغين مثل قوله تعالى احل الله البيع وقوله ع الصلح جائز بين المسلمين و
امثالهما ولم يثبت تقييد من الخارج هنا ويجري عليه ما اورد على التمسك
بالاطلاقات للقول الثاني ثم ان المستند للقول المشهور من اشتراط
البلوغ في المتعاقدين هو الاصل اعني اصالة فساد المعاملة وعدم ترتب
الاثر عليها الذي هو عبارة عن انتقال مال كل من المالكين الى الاخر في البيع
ونفي عليه الحال في غيره من العقود وفيه الكفاية ما لم يقم دليل على الصحة و
لكنك خبير بان العمومات والاطلاقات الواردة في العقود وافية بالخروج عن
الاصل المزبور الا ان يثبت تخصيصها او تقييدها بما يقتضي خروج عقد
الصبي الا ان يقال انما قد تطرق اليها الوهن بكثرة التخصيص مضافا الى ما تعرفه
في كلام المصنف ره من الاخبار قدس سره وفي بعضها روايات اخر منها رواية
هشام عن ابي عبد الله ع قال انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام وهو اشده وان
احتلم ولم يونس منه رشده وكان سفيها او ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله

ويشهد له الاستثناء في تلك الاخبار بقوله الا ان يكون سفيها اشار به الى رواية عبد الله بن
سنان عن ابي عبد الله عم قال اذا بلغ اشده ثلث عشر سنة ودخل في الاربع عشرة وجب
عليه ما وجب على المسلمين احتلم ام لم يحتلم وكتبت عليه السيئات وكتبت له الحسنات
وجاز له كل شيء الا ان يكون ضعيفا او سفيها وجه شهادة الاستثناء هو ان استثناء
السفيه انما هو من الاستقلال فلا يجوز له ذلك ولهذا قالوا انه لو اذن له الولي في
النكاح الذي فيه مصلحته التي سوغت للولي الاذن فيه جاز ان عين له المهر والزوجة
ونحو ذلك بحيث يؤمن معه من اتلاف المال بلا خلاف وكذلك الحال في البيع فيجوز
للولي الاذن فيه مع تعيين العوض على المشهور كما يجوز له اجازة البيع الذي وقع
اذا راى المصلحة فيه عند الاكثر خلافا لما حكي عن الشيخ والقاضي فلا فرق بين الاذن
السابق والاجازة اللاحقة في صحة البيع في الصورتين ومن هنا علم ان استثناء
المصرة بالاستثناء انما تتم على مذهب الاكثر لا على مذهب الشيخ والقاضي الذين
من غيرهما ايضا فولكسي فيها ولان الظاهر منه قلم المؤاخذة لا قلم جعل الاحكام
عليه بعض المعاصرين بان الطفل المميز على وجه يفهم المطلوب ممنوع ولو بقرينة
فهم المشهور وبقرينة جعله علة لكون عمدهما خطأ تحمله العاقلة كما في ظاهر بعض
النصوص المروية عن قرب الاسناد فان ذلك لا يتم الا بارادة ما هو اعم من رفع الاثم
من رفع القلم والا فلا ربط له بذلك اصلا ورأسا واقرب ما يراد به رفع قلم البالغ وان
لم يترتب عليه اثم بل انما ترتب عليه حكم وضعي كنقل المال عنه واليه ونحو ذلك فاذا
ارتفع عنه ذلك حكم لم يكن لعقده اثر اصلا ورأسا ولعله كالنائم ونحو مشعر
ذلك فان المرفوع عنه انما هو قلم المستيقظ لا مطلقا وكذا من المجنون قلم العاقل وهكذا الا
ان مطلق القلم مرتفع عنه وح فلا ينافي ثبوت ضماناتهم وعقوباتهم وتعزيراتهم وشرعية
عباداتهم ونحو ذلك مما هو عام لجميع الحالات او خاص بحال الصبا ونحو هذا مع امكان

ارادة الثاني والتزام التخصيص بذلك كله الا انه بعيد جدا بل قد يقطع بعدمه ولكن قد يوجه
على الاول ايضا بان منع كون تاثير العقد من قلم البالغ كي يرتفع عنه فلعله من قلم الحسبي
كما في تبرعه واتلافه وقد يدفع بعدم العلم بمجرد الاحتمال مع انه لم يقم عليه برهان ثم قال وقد يراد من
رفع القلم ارتفاع العقوبة الاخروية والدنيوية المتعلقة بالنفس كالقصاص او بالمال
كغرامة الدية من ماله فاذا قصد به القلم ترتب عليه ذلك كما يترتب على البالغ لو قصد ذلك
وح فلو عقد ولو باذن الولي لم يترتب عليه عقوبة كدفع العوض من ماله وليس ذلك الا
لسلب اعتبار قصده وعدم العبرة بانشائه ولو باذن وليه وفيه ان ذلك مع بعده في
نفسه ومع عدم صدق العقوبة على دفع العوض عرفا مستلزم لعدم ضمانه باتلاف مال الغير
عنه والتزام التخصيص بذلك كالمقطوع بعدمه لالتزام اللازم كما عن ظاهر بعض ولعله
لما قيل بانه معلول لقوله عم عمدهما خطأ يعني انه لما كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع
في الواقع رفع القلم عنهما وح فيختص رفع القلم بالافعال التي يعتبر في المؤاخذة
عليها قصد الفاعل فيخرج عنه مثل الاتلاف ويدخل فيه العقود والايقاعات الا انه مع
بعده في نفسه موقوف على عموم قوله عم عمدهما خطأ لغير الجنايات الا انه ممنوع في الجب
المزبور وان سلم في غيره كما لا يخفى على المتدبر فيه انتهى اقول لكن الانصاف ان حديث رفع
القلم مجمل محتمل لمعان ثلثة رفع قلم المؤاخذة ورفع قلم جعل الاحكام مطلقا ورفع قلم
احكام البالغين بالنسبة الى الصبي والقدر المتيقن منه رفع قلم المؤاخذة فلا مجال
للاستدلال به على ما زاد على ذلك فولكسي لكن الانصاف ان جواز الامر في هذه الروايات
ظاهر في استقلاله في التصرف الى قوله وكذا لو وقع ايجاب النكاح او قبوله لغيره باذن
وليه قال بعض المعاصرين فقد تدفع هذه المناقشة بعدم القول بالفصل كما اعترف
به جماعة ممن تاخر بين اذن الولي وعدمه وبين كون العقد على ماله او مال غيره
والترديد او الخلاف في السابق غير قادح فيه وبان المراد من امره تصرفه الفعلي والقولي وهذا

معنى سلب عبارة الذى اشتهر التعبير به فى كتب الاصحاب على وجه لا تنفع اجازة الولى
ولا اذنه ولا اجازته بنفسه بعد بلوغه لعدم قابليته للتاثير وح فلا جهة للمناقشة
الى قوله بانه لا منافاة بين صحة عقده وبين عدم دفع المال اليه كما وقع لبعضهم ولكن لا نا هو
على المراد ذلك مع تسليم ظهوره خلافه فى عرفنا انتهى واشتهر بين الوجهين فى مرتبة دعوى
لا شاهد عليها ان لم تقم الشاهد على خلافها فتفطن قوله تعالى ولذا بنينا الكلام على
شرعية عبادات الصبى يعنى لكون المراد برفع القلم هو رفع قلم المؤاخذة قلنا بشرعية عباداته
وذلك لان اطلاقات العبادات وعمومها مثل قوله ع الصلوة قربان كل تقى والصوم جنة من
النار مما ليس مشتملا على الايجاب والالزام شاملة لكل من كان قابلا للاثبات بما فى مثلها
قوله تعالى احل الله البيع والصلح جائز بين المسلمين ومن تلك الجملة الصبى المميز فلا بد فى
من وجه من تخصيصها من مقيد على حد من وجه المسافر من اطلاق الامر بالصوم والنهى
عن اطلاق صلوة الجمعة ومن العبد اطلاقات الامر بالقيام وامثال ذلك وينبغى
تفصيل القول فى شرعية عبادات الصبى فنقول ان المراد به الصبى المميز واما الصبى الغير
المميز فلا خلاف لهم فى سقوط عباداته وعباراته من درجة الاعتبار كما لا يخفى وح
نقول انهم اختلفوا فى كون عبادة الصبى المميز شرعية او تمرينية واستظهر فى الرياض
من عبارة المنتهى عدم الخلاف فى شرعيتها بيننا قال فيها ويصح الصوم من الصبى
المميز وفاقا للشيخ ره وجماعة منهم الفاضلان بل يظهر من ثانيهما فى المنتهى عدم خلاف
فيه بيننا فانه قال ولا خلاف بين اهل العلم فى شرعيته وذلك لان النبى ص امر ولى الصبى بذلك
ومن طرف الخاصة مارواه الشيخ فى الحسن عن الحلبى عن ابى عبد الله ع انه قال انا نامر صبيانا
بالصيام اذا كانوا ابناء سبع سنين بما اطاقوا من صيام اليوم فاذا غلبهم العطش افطروا
لان فيه تمرينا على الطاعة ومنعا عن الفساد فكان شرعيا تاما فى نظر الشرع اذا ثبت ذلك
فانه صوم صحيح شرعى ونيته صحيحة شرعية وينوى الندب لانه الوجه الذى يقع عليه فلك

ينوى

ينوى غيره وقال ابو حنيفة انه ليس بشرعى وانما هو امساك عن المفطرات وفيه فى المنتهى واورد
عليه بعض من تاخر بالمنع عن دلالة عبارة العلامة ره التى حكاها على ما استظهره منها
وذلك لانه استظهر عدم الخلاف ان كان من قوله ره لا خلاف فلا ينافى منه ذلك الا
الاستدلال على الشرعية التى نفى عنها الخلاف بان النبى ص امر ولى الصبى بذلك وبالحديث
الاخر الذى وقع التصريح فيه بالتمرين يدل على ان المراد بها مطلق الثبوت فى الشرع اعم من
التمرين والشرعية بالمعنى الاخص الذى هو مستلزم لكون الفعل مما يثاب عليه لتوجه
الطلب اليه من الشارع وان كان من نسبة الخلاف الى ابى حنيفة بتقريب انه لو كان فى
الحكم مخالف من اصحابنا لكان اللازم نسبة الخلاف اليه دون ابى حنيفة ففيه
ان تخصيصه لما نسب الى ابى حنيفة يدل على ان به قائلا من اصحابنا وليس مخالفا لما
اطبقوا عليه فقول الذى يظهر لى انه اشتبه الامر على صاحب الرياض ... وعليه
الخ بعض من تاخر فى الوصول الى مراد العلامة ره وذلك لان هنا امرين احدهما
انه يستحب للولى امر الصبى وتمرينه بالعبادة وثانيهما ان نفس عبادة الصبى هل هى
شرعية تتوجه اليه الامر بها من جانب الشارع ولو على وجه الندب وان الذى لا خلاف
فيه انما هو الاول والذى وقع الخلاف فيه هو الثانى ويوضح هذا المدعى عبارة العلامة ره
فى التذكرة حيث قال فيها يستحب تمرين الصبى بالصوم اذا اطاقه وحده الشيخ ره ببلوغ
تسع سنين ويختلف حاله بحسب المكنة والطاقة ولا خلاف بين العلماء فى مشروعيته
ذلك لان النبى ص امر ولى الصبى بذلك واما العامة ومن طريق الخاصة قول الصادق ع
انا نامر صبياننا بالصيام اذا كانوا ابناء سبع سنين بما اطاقوا من صيام اليوم فاذا
غلبهم العطش افطروا ولاشتماله على التمرين على الطاعات والمنع عن الفساد ثم قال فى نيته
الاقرب انه صوم صحيح شرعى ونيته صحيحة شرعية وينوى الندب لانه الوجه الذى يقع عليه
فعله فلا ينوى غيره وقال ابو حنيفة انه ليس بشرعى وانما هو امساك عن المفطر تاديبا

ولا ينافي به وقد ظهر مما قلناه ان البلوغ شرط في الوجوب لا في الصحة وان العقل شرط فيهما
معا انتهى وذلك لان لفظ ذلك في قوله ولا خلاف بين العلماء في مشروعية ذلك اشارة
الى التمرين والامر الذي هو فعل الولي ويدل على ذلك تعليله بانه صلى الله عليه وآله امر ولي الصبي بذلك
ضرورة ان امر النبي صلى الله عليه وآله الولي لا يقتضي الا استحبابه في حق الولي وكذا الحديث الآخر
واوضح منهما تعليله بتمرينه على الطاعات والمنع عن الفساد ويدل على ذلك ايراده بالمعنى اقول
تذنيب الاقرب ان صومه صحيح شرعي آه ومثله قوله في عبارة المنتهى اذا ثبت ذلك فان
صومه صحيح شرعي والظاهر ان الوجه في تفريع شرعية الصوم على ثبوت الاستحباب في حق
الولي هو الاستكشاف به لذلك عن محبوبية صدور العبادة من الصبي لما سيأتي من ان الامر
بالامر امر لانه ذكره في النهاية وكتاب المنتهى وان لم يكن حاضرا عندي حتى الاحظ صدر
العبارة الحكية الا انها لكونها على سبك عبارة التذكرة تشهد بما قلناه انه هو المراد وكيف كان
فالشرعية بالمعنى الاخص هو ان يكون فعل الصبي مما توجه اليه الطلب وترتب عليه الثواب
مما وقع الخلاف فيه على اقوال احدها انها عبادات شرعية محضة وهو المحكي عن الشيخ
والعلامة ره في جملة من كتبه واللمعة وشرحها وصرح به المحقق الاردبيلي ره وثانيها انها
تمرينية محضة كما في المحكي عن الايضاح وشرح والمحقق الثاني في الروضة وظاهر الفقيه
ويستفاد من كلام المحقق الاردبيلي ره مصير الاكثر الى هذا القول بل كونه مشهورا وثالثها
انها شرعية تمرينية لا شرعية اصلية والمراد بذلك ان اتيان الصبي بهذه الافعال وتركه
لهذه التروك مطلوب للشارع لا لانفسها بل لحصول التعود والتمرن على العمل بعد
البلوغ فصلوة الصبي فيها جهتان احديهما جهة كونها صلوة او قياما او قعودا او نوما
او نحو ذلك وعدم رجحان اصلا فيه بالنسبة اليه وعدم وجود امر فيها من جهة
كونها صلوة والثانية كونها تعودا عليه ليكون مطلوبا بعد البلوغ وان كان لا دعا في
حاله هذا في حد ذاته وهذه الجهة مطلوبة للشارع فيثيب عليها وبعبارة اخرى التمرن

مستحب

مستحب دون الصلوة والصوم وهذا القول يحكى عن جماعة ممن تأخر وابعد الفقه وما ينبغي الى
اربعين وربما ينسب الى الشهيد الثاني ره وعبارته لا تساعد على ذلك بل تنفيه لانه صرح
لك بان صومه تمريني لا شرعي وكذا في الروضة والظاهر انه سرى الوهم الى الحاكي من حكمه
بالصحيح تمرينيا فتوهم ان الصحة عبارة عن موافقة الامر فيكون مأمورا به وتمرينيا وهو اشتباه
لانه ره قال في ذلك ذيل عبارة المحقق ره المتضمنة للحكم بصحة نية الصبي وشرعية صومه
ما نصه اما صحة نيته وصومه فلا اشكال فيه لانه من باب خطاب الوضع وهو غير متوقف
على التكليف واما كون صومه شرعيا ففيه نظر لاختصاص خطاب الشرع بالمكلفين والاصح
انه تمريني لا شرعي انتهى وقال في الروضة عند قول الشهيد ره ويعتبر في الصحة التمييز وان
لم يكن مكلفا ويعلم منه ان صوم المميز صحيح فيكون شرعيا وبه صرح في الدروس
قال ويمكن الفرق بان الصحة من احكام الوضع فلا تقتضي الشرعية والاولى كونه تمرينيا لا شرعيا
ويمكن معه الوصف بالصحة لما ذكرناه خلافا للبعض حيث نفى الامرين انتهى وغرضه ره
هو ان صحة كل شيء عبارة عن مطابقته عند وقوعه في الخارج للوجه المقرر له بحسب اصله
وطبيعته فالعبادة الصادرة من الصبي يصح وصفها بالصحة وان قلنا لكونها لمجرد التمرين
اذا وقعت مطابقة للوجه المقرر لها كما يصح وصفها بالصحة لو قلنا لكونها مطلوبة
مأمورا بها شرعا اذا وقعت موافقة للوجه المقرر المأمور به فان الاتصاف بالصحة
لا يقتضي الاتصاف بالشرعية لكون الاول اعم من الثاني هذا ورابعها ما يستفاد
من كلام المص ره في بعض تحقيقاته التي املاها متفرقة من انها شرعية اصلية وشرعية
تمرينية فقد اجتمع فيها جهة شرعية بمعنى انها مطلوبة بالاصالة ومطلوبة للتمرين
وحيث كان التمرن مطلوبا من الصبي مأمورا به كانت من هذه الجهة ايضا شرعية و
لهذا قال ره فانه الاقوى لاتصافه بمعنى صوم الصبي بالشرعية سواء قصد امتثال
نفس الاوامر العامة المتعلقة بذلك العمل او قصد به ذلك حصول الاعتياد عليه ليسهل

بعد البلوغ انتهى ووجه الاستفادة ان قصد امتثال نفس الاوامر العامة لا يصح الا بان تكون
متوجهة اليه ولازم ذلك هو الشرعية وان استشباح قصد الاعتبار للثواب يقتضي كون
الاعتبار مطلوبا ومامورا به خصوصا بعد تصريحه بالشرعية على هذا التقريب ايضا فتدبر
خامسها ما ذهب اليه البهبهاني المستند شيخنا من التفصيل بين صوم الصبي مطلقا وبين صومه
الواجب بالشرعية في الاول والتمرينية دون الشرعية والصحة في الثاني احتج المتبنى
بوجوه الاول ان الاوامر المفيدة للاستحباب متوجهة اليه قطعا وتتم المطلوب في
الواجبات بالاجماع المركب وعدم القول بالفصل اذ لم يفصل احد بين الواجبات
والمندوبات فمن قال بتوجه الامر بالاولى قال بتوجه الامر بالثانية وادعاء الاجماع المركب كما
صدر من الفاضل النراقي قده لا وجه له اقول لا يخفى ما في هذه الحجة لان المقدمتين كلتيهما
في مرتبة الدعوى اذ لم يعلم تسليم الخصم توجه الاوامر المفيدة للاستحباب اليه كما انه
لم يعلم تحقق عدم التفصيل على وجه يكون مقصود المجمعين شيئا من قول الحجة عم حتى
يكون الفصل مخالفا له عم الثاني ان الاطلاقات الدالة على تشريع المندوبات
لا بصيغة الامر مثل قوله عم الصوم جنة من النار والصوم لي وانا اجزي به تشمل الصبي
قطعا وبعدم القول بالفصل بينها وبين الواجب يتم المطلوب وفيه اولا ان
امثال هذه الخطابات مسوقة لبيان مجرد التشريع من دون نظر الى من شرع في حقه
فلا وجه للتمسك باطلاقها وثانيا ما عرفته في سابقه من عدم تحقق القول بالفصل
الثالث اوامر الاطاعة مثل قوله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول فانه لا ريب في شمولها
باطلاقها للصبي المميز على حد شمولها لغيره وفيه ان توجه اوامر الاطاعة موقوف على توجه
سائر الاوامر لكونها ناظرة اليها فهي بانفسها مع قطع النظر عن تلك الاوامر
لا اطلاق لها الرابع اطلاق مواد الاوامر كقوله اقيموا الصلوة واتوا الزكوة وقوله
تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وامثال ذلك فان تعلق الطلب بها

يكشف

يكشف عن كونها محبوبة عند الشارع وان كان فاعلها هو الصبي غاية ما في الباب ان الشارع لم يوجه
اليه الطلب بالفعل لكون المحبوبية كافية في ترتيب الثواب وفيه انه لا يبقى الاطلاق في
المادة وجه بعد تقييدها بمقتضى الهيئة وبعد ذلك ان اريد ان تعلق الطلب بالمادة
يكشف عن كونها محبوبة في الجملة فهو مسلم لكن لا يحصل منه ذلك سوى القضية الجزئية
المتحققة بمحبوبية المادة في حق الكامل بالبلوغ والعقل وغيرهما من شرائط صحة
التكليف وان اريد ان تعلقه بها يكشف عن كونها محبوبة على وجه الاطلاق المنحل
الى العموم الشامل للصبي ايضا فهو ممنوع الخامس الاخبار الناطقة بامر الولي بان يامر الصبي
بالصلوة والصوم والاستدلال بها يصح تقريبه بوجهين احدهما ان يقال انا
نستكشف بامر الولي بذلك عن محبوبية الصلوة والصيام وبذلك يترتب عليه
الثواب وثانيهما ان يقال ان الامر بالامر امر فيكون امر الولي بامر الصبي بالصلوة
مثلا امر للصبي بها ويشهد بهذا فهم الصحابة فانهم فهموا من قوله عم في حق النساء
مروهن بان يستنجين وجوب الاستنجاء في حقهن لكن لا يخفى ما في هذا الاستشهاد
لان قوله عم مروهن ليس من قبيل الامر بالامر بل قد علم ان مقصود النبي صلعم امرهن
بذلك ولما كان ذلك عسيرا بحسب العادة جعلهم مبلغين لحكمه عم اليهن والاوامر
الامر لهن حقيقة وليس الرجال مستقلين في الامر وانما اعتبروا مبلغين في الاوامر
جميع اوامر الله تعالى بالنسبة الينا من قبيل الامر بالامر فان الله تعالى قال لنبيه قم فانذر الناس
كذا وكذا فجميع اوامره تعالى بالنسبة الينا من قبيل قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم
الآية وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن الآية فتامل ثم لا يخفى ما في اصل تقريب الاستدلال
وذلك للمنع من كون الامر بالامر امرا بالنسبة الى الثالث ولان الاخبار لكونها
وان كانت تستكشف بها عن كون صدور العبادات محبوبا من الصبي الا ان المحبوبية
اعم من كونه دفعها على وجه التعبد بها او كونه دفعها على وجه التمرين ولا دلالة

للعام على الخاص السادس ما ايد به المحقق الاردبيلي ره مختاره الذي هو شرعية عبادة
الصبي من الفتوى المشهورة التي ادعى عليها الشيخ ره والعلامة ره الاجماع ونفى عنها
الشهيد الثاني ره الخلاف القادح في انعقاد الاجماع وهي ان الصبي اذا احرم ثم كمل قبل المشعر اجزأه
واحتسب حجه ذلك حجة الاسلام وتقريب الدلالة ان حجه من افعاله حين كان
في حال الصغر فلو لم تكن صحيحة لم يكن وجه لاجزاء حجه عن حجة الاسلام قال ره في
مسألة حج الصبي والمجنون عند قول العلامة ره ولو حجا او حج عنهما لم يجزئ
عن حجة الاسلام ولو حجا الله بأتم لهما قبل المشعر اجزأ ما انضم ما سبق من الحج على
تقدير كمالهما برفع الجنون وبالبلوغ قبل المشعر فادركا كاملين مع وجود باقي
الشرائط مثل حصول الاستطاعة من مكانه على ما ازعم لا من بلده كما قيل فهو انهما
ادركا ما يجزي المضطر فيجزي مثله مع ادراكهما باقي المناسك بامر الشارع وهذه
اوضح عندي لاني اقول بصحة عبادة الصبي المميز شرعا مع الشرائط وهذه المسألة
تؤيده فافهم وفي الخبر الدال على الاجزاء من العبد لو ادركه معتقا لما مر اشارة الى الاجزاء
من الصبي ايضا ولا يبعد ذلك في المجنون المميز ايضا ولا يبعد الحكم ممن نفى بعد
شرعية افعال الصبي بل محض التمرين لعدم صحة الاحرام وسائر الافعال بخلاف
العبد فعلى ما قلناه يكون وجوب الوقوف فقط وعلى المشهور ينبغي تجديد الاحرام
ايضا وهو مشكل فتامل انتهى وكذا ما دل من الاخبار على جواز امامة الصبي وقع
بعضه في الجماعة وان كانت المسألة خلافية لكن هذا في اخبارها فان في جملة منها الجواز
واخرى بعدم جوازها بل هو مذهب الاكثر كما ذكره المحقق الاردبيلي ره حيث
قال في شرائط امام الجماعة فالقطع كونه مميزا شرطا بغير خلاف ووجهه ظاهر واما
المميز الذي يعقل مميزا ففيه خلاف والظاهر ان الاكثر على العدم لعدم كون عبادته شرعية
فكيف يبنى عليها العبادة الشرعية ثم ذكر ما دل من الاخبار على المنع وما دل على

الجواز

الجواز ثم قال فيحمل الاول على الكراهة او على غير من يصلح لذلك للجمع وللرواية عن
العامة ولتجويز امامته امثاله وفي مثل الاستسقاء حتى جوز بعض المنافين ايضا
في بيان تحقق الجماعة بما هو عليه فانه فرع صحته شرعا فانه مؤيد لكون عبادته شرعية كما
تقدم وبالجملة الظن كون عبادته شرعية مثل غيره فاذا حصل الاعتماد مع عدالته
مع الامن من ان يعتمد على عدم العقاب وبذلك يمكن ان يصح امامته للمثل والا
فلا والاحوط المنع وهو مذهب الاكثر انتهى ما اردنا نقله من كلامه وكذا ما نطق من
الاخبار باعتداد غيره باذانه ولولا صحته عملا لم يكن وجه والخبر الدال على ذلك معمول
به قال المحقق المذكور ره ويدل على جواز الاعتداد باذان الصبي الخبر بل الاجماع المنقول
على الظاهر ولعل المراد به المميز والخبر هو عن اسحق بن عمار عن جعفر عن ابيه ان عليا عليه السلام كان يقول لا بأس بان
يؤذن الغلام قبل ان يحتلم ولا بأس بان يؤذن المؤذن وهو جنب ولا يقيم حتى يغتسل
ولا يضر عدم صحة السند مع انها صحيحة في باب الزيادات انتهى اقول اجزاء حجة
المذكور عن حجة الاسلام وان كان اقوى مما تقدم من الادلة على شرعية عبادته
وان لم يرد به نص ودعوى المحقق المذكور دلالة النص الوارد في اجزاء حج العبد الذي
اعتق قبل المشعر عن حجة الاسلام ممنوعة الا ان في الاجماعات المنقولة التي تقدم ذكرها
غنى وكفاية لافادته الاطمئنان بالحكم ولكن اقتران المجنون بالصبي في حكم اجزاء
حجه اوهن دلالته على ما حكموا فيه على الشرعية ضرورة عدم شرعية عبادة المجنون لانه
ان لم يكن له شعور مصحح للتكليف فعبادته لا تكون شرعية لعدم صحة تكليفه
وان كان له شعور مصحح للتكليف فليس بمجنون مضافا الى انه يمكن منع الدلالة
من اصله لان التفضل بتكميل الناقص وقبوله في عداد الكامل يستلزم كونه كاملا بحسب
اصله الا ترى ان من دخل في الصلاة قبل حلول وقتها بزعم حلوله ثم دخل الوقت في
اثنائها صحت صلاته مع ان الصلاة قبل الوقت غير مشروعة وكذا من كان جاهلا بكون البعض

من رمضان ناسيا وقد علم او ذكر قبل الزوال فجدد النية فانه في حال جهله ونسيانه لم يكن
مخاطبا بالصوم ولم يكن امساكه السابق بغير نية امساكا شرعيا وقد قبل منه الامساك
المركب من المامور به وغيره بدلا للمامور به واما امامته للمكلف فانها وان كانت متفرعة
لشرعية صلوته الا ان الكلام في اصل المبنى الذي هو جواز امامته لاختلاف الاخبار في
وتعارضها وكون ما دل على المنع معتضدا بعمل الاكثر ولا اقل من التساقط
اما جواز امامته في غيرها فيدل على انها لا تكون بامامته ويسع فيها التسامح بانعقادها
بالائتمام بالصلوة التمرينية بل ربما كان تقديم من لم يكتب عليه المعاصي والذنوب
اقرب الى استجابة الدعاء واما الاعتداد باذانه فالخبر الدال عليه مطلق شامل
للمميز وغيره مع ان التالي ليس ممن قال بشرعية عبادته فمقتضى الخبر هو ان لا يكون
اعتداد السامعين بالاذان به منوطا بشرعية اذان المؤذن فتدبر واما حمل
امامته بمثله ولا دلالة فيه اصلا لاحتمال كون صلوتهما جميعا للتمرين كما لا دلالة
فيما دل على انعقاد الجماعة به اذا كان ماموما مثل ما روي عن امير المؤمنين عليه السلام
في التهذيب قال الصبي عن يمين الرجل في الصلوة اذا ضبط الصف جماعة
وذلك لاحتمال كفاية ماموميته صورة على القول بكون عبادته تمرينية في حصول
فضيلة الجماعة للامام تفضلا من الله تعالى على عباده كما تفضل على الواحد الذي
لا يتيسر له الجماعة بفضيلتها في خبر الجهني اني اكون في البادية ومعي اهلي الحديث قوله
وانتم تفرقون فابقى انا وحدي فاؤذن واقيم واصلي وحدي اجماعة انا فقال
نعم المؤمن وحده جماعة ونعم من ذلك ما في تاييد القول بصحة عبادة الصبي شرعا
بحصول فضيلة الجماعة بائتمامه بغيره كما صدر من المحقق المذكور مضافا
الى انه يمكن ان يقال ان الرواية المذكورة ليست مسوقة لبيان ان الصبي تنعقد
بها الجماعة وانما هي مسوقة لبيان دفع توهم كون عدم البلوغ سببا لكون تخلله

بخصوص صلوة الكسوف وبعض ... لا دلالة فيه على اختصاص ... وعدم حصول ...

بين

بين الامام والماموم من موجبا لبطلان الاقتداء فان الصبي اذا كان حائلا بين الامام والماموم من
على وجه لا يخرج عن صفهم بعد من اهل الجماعة فلا يوجب حيلولته بينه وبينهم
انفصالهم عن الامام ولا يتوهم ان عدم حصول عدد الجمعة بالصبي يدل على عدم
شرعية عبادته السابع قاعدة التسامح في ادلة السنن وعدم كفاية امرين احدهما
الاخبار الناطقة بان من بلغه ثواب على عمل فعمله كان له ذلك الثواب ويصدق فيما نحن
فيه من جهة فتوى جماعة منهم الشيخ والفاضلان على ما حكي عنهم بشرعية عبادة الصبي
صحتها واستحبابها الشرعي في حقه انه بلغه ثواب على عمل هو اتيانه بما يجب على
البالغ او يستحب فانهم قالوا باستحباب جميع ذلك في حقه وثانيهما الحسن العقلي فان
العقل يحكم مستقلا بحسن الاتيان بما احتمل انه مطلوب للمولى ومنشأ الاحتمال قد يكون هو
ضعف السند وقد يكون هو ضعف الدلالة كمفهوم الوصف وغيره من المفاهيم
الضعيفة التي لا يعبأ بها في الاحكام الالزامية مما يوجب الاحتمال في هذا المقام فيعبأ
بها وكذا الافراد النادرة للمطلق الذي ينصرف الى غيرها وكذا ما هو بالنسبة الافراد النادرة
الى المطلق في مقابل العموم فان دلالة ... ذلك ضعيفة لا يعبأ بها في الاحكام الالزامية
لكنها في مقام الاستحباب لما اورثت قيام الاحتمال اعتبر بها ... الجوهري في
بعض الحاشية انه لو وقع في قلب المجتهد رجحان بملاحظة مذاق الشرع وان لم يكن عليه
دليل ولا فتوى جاء هناك قاعدة التسامح من باب الحسن العقلي وفيما نحن فيه
لا اشكال في حصول الرجحان بملاحظة فتوى جماعة وملاحظة الوجه المذكور فينبغي
قاعدة التسامح وفيه ان قاعدة التسامح لا تفيد في اثبات صيرورة الفعل الماتي
به بذلك العنوان مستحبا شرعيا فلا يثبت بها الشرعية في مقابل التمرينية الثامن
ان المستقلات العقلية كحسن الاحسان ورد الوديعة ونحو ذلك لا ريب في ان
من امتثل بها مستحق للثواب في نظر العقل من دون فرق بين البالغ والصبي وحكم

لا يقبل التخصيص والجزاء لا ينفك عن العمل الحسن عقلا ونقلا فكيف يعقل القول بعدم
ترتب الثواب على ذلك مع تسليم هذه المقدمات ودعوى عدم حكم العقل بحسن رد الوديعة
او الاحسان في الصبي مما ينكره الوجدان وينفيه العيان ولا فرق بين ما يستقل به العقل
وغيره وفيه ان العقل يحكم بوجوب رد الوديعة لا بمجرد حسنه فان لم يكن فرق بين
الصبي وغيره فاللازم ترتب العقاب على تركه بحكم العقل وكذا العقل يحكم بقبح الظلم منه
كغيره ولا يعاقبه الشارع على شرب الخمر ولا على الظلم فيعلم من ذلك افتراق الحكم
الشرعي عن الحكم العقلي بحسب الشرائط وعدم صحة المقايسة بينهما والسر في ذلك ان
للشارع ان يقرر لطلبه الوجوبي والندبي شرائط ويتصرف في الحكم العقلي الكاشف
عن حكمه بجعل شرط له اذ ان له ان يجعل للاحكام الصادرة عنه شرطا وقد وقع ذلك
في الخارج فجعل البلوغ شرطا لحكم العقل في الحقيقة وان كان مستقلا بحسب الموضوع
والمحمول الا انه مشروط بعدم المانع فهو يحكم بوجوب رد الوديعة ان لم يمنع منه
لكن مصداق المانع قد يكون مما يدركه العقل ويعرفه ككونه فاقدا للشعور والتمييز
وقد يكون مما لا يدركه ولا يعرفه الا الشارع فاذا بينه وكشف عنه ارتدع العقل عن
حكمه في المورد الذي كشف عنه الشارع ومحصل ما ذكرناه في المقام انه لم يعلم كون
صدور ما وجب على البالغ مندوبا وحسنا في حق الصبي ولم يعلم توجه الامر من الشارع
اليه لاحتمال كون الندب مشروطا بالبلوغ كالوجوب التاسع ان قضية اللطف
عدم خلو هذا العمل الصادر من الصبي عن الثواب فان من اتى بعمل حسن قاصدا به
وجه ربه الكريم لم يحرمه من الجزاء والثواب منافيا للطف ومادل من الكتاب و
السنة على انه من تقرب الى الله شبرا تقرب اليه ذراعا وفيه ان صاحب اللطف ان
مراده باللطف ما هو التفضل فلا نسلم وجوبه واللطف الذي يلتزم بوجوبه
انما هو ما كان مقربا الى الطاعة على وجه لولاه لم يتفق هو ولم يتفق تحصيل الماهية بل الواجب

هذا

هذا مما نحن فيه فان اجراء الثواب على اتيان الصبي بمثل ما يجب على البالغ ليس مما يقرب
الى الاتيان بالمامور به على الوجه المذكور وان اريد باللطف اثبات امر الله اياه
بالمندوبات والواجبات في حق غيره على وجه الاستحباب فلوبان الامر المذكور لطفا ممنوع ايضا
العاشر الاعتبار العقلي فانه من البعيد الفرق بين ما قبل البلوغ بساعة وما بعده فان
المراهق المقارب للبلوغ جدا لا ريب في انه عالم بثمرات الاخلاص والعبودية لله تعالى قبل
البلوغ بل في الحالة الاولى ربما يكون اقوى منه في الحالة الثانية فيبعد كون ما جرى
على الثانية دون الاولى وفيه انه يرتفع البعد بملاحظة افتراق الحالتين من جهة
الحكم الوجوبي والتحريمي وصدور الامر في احديهما دون الاخرى الحادي عشر
ما دل من الاخبار على ان لكل كبد حرى اجرا فانه عام شامل للصبي والبالغ وهو
ليس الحر ان العلة انما هي حرارة الكبد ولا ريب في حرارة بعض اكباد الصبيان في بعض
الاوقات شوقا الى امره نعم ان يدعى البالغين وفيه اولا ان هذا التعليل الذي في بعض
من اشتد شوقه محله من كان شوقه دون ذلك وثانيا ان الحديث المذكور انما
يبين ثبوت الاجر للملهوف الذي اصابه ما يكون له او فاته ما يلائمه واين هذا من حال
من اشتاق الى ارتكاب عمل فارتكبه هذا وليعلم ان من قال بكون عبادات الصبي
شرعية انما يقول به في غير الاموال لكونه محجورا فلا يجوز له التصرف فيها فيمنع من
التصدق ونحوه ولا ينافي ذلك تعلق الحق بماله كالحصول من كره ربح فان جماعة
يقولون بوجوب الخمس فيه لان ذلك خطاب متوجه الى الولي وليس هو المخاطب
بالاخراج وان تعلق الحق بماله احتج القائلون بكون عبادات الصبي تمرينية بوجوه
الاول الاصل يعني اصالة عدم الشرعية وذلك لان القائلين بالشرعية يدعون
ان ما هو واجب في حق المكلفين او مندوب فهو مستحب في حق الصبي شرعا بمعنى انه
توجه اليه امر من الشارع على وجه الندب فاذا شك في ذلك فالاصل عدمه الثاني

ما تمسك به في الرياض وفي المستند من ظواهر الاخبار كرواية الزهري الطويلة وفيها ان
الصوم على اربعين وجها فعشرة اوجه منها واجبة كوجوب صوم شهر رمضان
وعشرة اوجه منها حرام واربعة عشر وجها منها صاحبها بالخيار ان شاء صام
وان شاء افطر وصوم الاذان وصوم التاديب ثم ذكر عم في اقسام ما فيها بالخيار
كثيرا من اقسام الصوم المندوب الى ان قال واما صوم التاديب فانه يؤخذ الصبي
اذا راهق بالصوم تاديبا وليس ذلك بفرض وكذلك المسافر اذا اكل من اول النهار
ثم قدم اهله وكذلك الحائض اذا طهرت وفي الفقه الرضوي واما صوم التاديب
فانما يؤمر الصبي اذا بلغ سبع سنين تاديبا وليس ذلك بفرض وان لم يقدر الا نصف النهار
يفطر اذا غلبه العطش وكذلك من افطر لعلة في اول النهار ثم قوي بقية يومه امر
بالامساك بقية يومه تاديبا وليس بفرض وكذلك المسافر اذا اكل من اول
النهار ثم قدم اهله امر بقية يومه بالامساك تاديبا وليس بفرض وفي حسنة الحلبي
المتقدمة في صدر المسئلة تعليل امرهم صبيانهم بالصيام اذا كانوا ابناء سبع سنين
بان فيه تمرينا على الطاعة ومنعا عن الفساد الثالث مادل من الاخبار على امر
الصبي بامساك بعض النهار اذا لم يطق امساك جميعه فان ذلك يدل على انه لمجرد
التمرين والا فلم يوجد في الشرع صيام بعض النهار ومن هنا يعلم ان كلا من حسنة
الحلبي والفقه الرضوي يدل على هذا القول من وجهين الاجتزاء ببعض النهار و
الاشتمال على التاديب والتمرين الرابع حديث رفع القلم عن الصبي وتقريب الدلالة
انه ليس المراد برفع القلم خصوص رفع المؤاخذة كما قيل بل المراد ما يعم جميع الاحكام
الخمسة التكليفية ووجهه ان القلم انما استعمل هنا من باب المجاز فان معناه الحقيقي
هو آلة النقش ولما كان المكلفون من شانهم ان الكرام الكاتبين يكتبون اعمالهم
باسرها من واجبات ومندوبات ومحرمات ومكروهات ومباحات اراد النبي صلى الله عليه وآله بالاخبار عن ان الصبي

ليس

ليس ممن يتعرض لاعماله فقد رفع عنه القلم فلا يكتب له ولا عليه شيء فرفع القلم في الحديث
كناية عن عدم الاعتداد باعماله في شيء من الاحكام التكليفية فهذا المعنى هو الاقرب الى
ما هو معنى القلم حقيقة بحسب الاعتبار وكذا بحسب العرف ولسانه لسان الحكومة
فلا يضر كون النسبة بينه وبين العمومات العموم من وجه في مثل ما لو قيل صح قراءة
سورة الفاتحة فلو كذا فانه شامل للصبي وغيره وحديث رفع القلم عن الصبي شامل الفاتحة
وغيرها من الاعمال فيكون حاكما على كل ما كان من العمومات والاطلاقات قابلا لان يحكم
عليه مثل قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا واما ما كان
هو خارجا عنه من اصله مثل يا ايها الذين آمنوا فلا اشكال فيه فتكون العمومات
والاطلاقات باسرها متوجهة الى البالغين دون غيرهم فمقتضى الحديث المذكور
على طبق استعمال اهل المتعارف فانهم اذا قالوا ان فلانا مرفوع عنه القلم ارادوا
به انه لا يتوجه طلب الى افعاله ولا الى تركه مطلقا على وجه الالزام والتحتيم ولا ينافي هذا
ترتب الاحكام الوضعية على افعاله لانه لا يتوجه اليه طلب في ضمنها بل لو كان هناك
طلب فقد توجه الى الولي او انه يتوجه اليه بعد التكليف فالتعرض المنفي بحديث رفع
القلم ليس ثابتا في الاحكام الوضعية فتخصيص حكم الحديث المذكور بنفي المؤاخذة
عن سعد يده كما القول بتعميم حكمه بالنسبة الى الاحكام الوضعية والتكليفية جميعا
كما ذهب اليه بعضهم الخامس رواية محمد بن مسلم في صلاة الصبي قال عم اذا عقل
الصلوة فتقريبه ان عقل الصلوة كناية عن البلوغ فقبله لا صلوة في حقه فيكون
للتمرين ولا يخفى ضعفه لان الظاهر من عبارة الحديث هو الرد على من اوجب
الصلوة فينطبق عليه الجواب ونفي الوجوب قبل البلوغ اعم من الندب والتمرين
فتعيين احدهما بخصوصه تحكم السادس ما تمسك به العلامة في بعض كتبه
بان الاقرب انه على سبيل التمرين واما انه تكليف مندوب اليه فالاقرب المنع

ويؤيد ذلك بل يدل عليه انه اقترن الصبي بالمجنون في رفع القلم عنهما في قوله عم رفع القلم عن ثلثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ ومن الواضح ان الاحكام الندبية ليست للمجنون ولا يكون المجنون مكلفا كالصبي بالعبادات لان الصبي في حال البلوغ عليه ما لا يجب عليه قبله حتى دام بلا

قوله ره لنا ان التكليف مشروط بالبلوغ ومع انتفاء الشرط ينتفي المشروط انتهى وانت
خبير بما فيه لان اشتراط التكليف المندوب بالبلوغ عين المتنازع فيه فلا وجه
للاستدلال به حجة القول الثالث اما على نفي الشرعية الاصلية فهي بعينها
ادلة القول بالتمرين مطلقا على ما عرفت واما على ثبوت الشرعية التمرينية فهي ان النبي صلى الله عليه وآله
قال مروهم بالصلوة وهم ابناء سبع ومقتضاه استحباب التمرين من الولي ويلزمه
استحباب التمرين ومحبوبيته ومطلوبيته والا لزم ان يكون الامر بالتمرين لغوا ووجه
اللزوم ظاهر لان الامر بالشيء لا بد فيه من غاية ومع قصد الامر بعدم ترتبها
او عدم قصد ترتبها يلزم اللغو والعبث في الامر المجرد عن الغاية لكن هذا
انما يتم على القول بكون الامر بالامر امرا والا لم يتحقق الامر بالنسبة الى التمرين في حق
الصبي وان استلزم محبوبيته لكن الفعل بمجرد المحبوبية لا يصدق عليه انه شرعي
وان كان اتيانه يستلزم الثواب اذ لا يكفي عنوان المحبوبية لان الشرعي عبارة عن
الفعل الذي لو لم يكن امر لم يكن حصل ولهذا فسر الشرعي بعضهم بالمامور به حجة
القول الرابع اما على كون شرعية اصلية فهي عموم خطاب مثل يا ايها
الذين ومثل قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا والصبي
مخرج له عن تحتها سوى ما يتوهم من حديث رفع القلم ولكنه غير صالح لذلك
لان رفع القلم كناية عن رفع المؤاخذة فيكون مخرجا للصبي عن عنوان المؤاخذة
وحيث خروجه عنه غير مستلزم لخروجه عن عنوان توجه الخطاب الندبي اليه واما
على كونها شرعية تمرينية فهي امر النبي صلى الله عليه وآله الاولياء بان يامروا الصبيان بالصلوة ولولا
كون حصول التمرين محبوبا ومطلوبا لم يكن امر الاولياء الا لغوا ولكنك خبير
بان المتبادر المنساق من رفع القلم خلاف ما ذكره وهو مطلق التعرض لحاله
بتوجيه الطلب اليه وان توجه العمومات الى الصبي وغيره يستلزم استعمال

اللفظ

اللفظ في معنيين لانها بالنسبة الى البالغين لا بد وان يكون المراد بها هو الوجوب و
بالنسبة الى غيرهم لا بد وان يراد بها الندب والقدر الجامع الذي هو الرجحان
وان كان موجودا الا ان ارادته من الخطاب تمنع من انفهام كون تكليف كل من
الصنفين شيئا معينا معلوما من الحكم واما وجه كون التمرين شرعيا فهو مبني
على القول بكون الامر بالامر امرا كالثالث وهو ممنوع نعم يلزم منه كون
الغاية التي هي التمرين محبوبة وهو لا يستلزم كونها مامورا بها حتى تصير شرعية
حجة القول الخامس ما ذكره في المستند في طي قوله اما الاولون يعني
القائلين بعدم الشرعية فان كان مرادهم عدم صحة الصوم منه مطلقا
سواء كان من شهر رمضان او غيره من الواجب والمستحب وكان كل صوم
منه محض التمرين والتاديب فكلامهم غير صحيح اذ المقتضي لصحة صومه في الجملة
وشرعيته موجود والمانع مفقود اما الاول فلعموم بعض الاخبار في الصوم
المستحب كما في مرسلة سهل في سبعة وعشرين من رجب من صام ذلك اليوم
كتب الله له صيام ستين شهرا ومثلها من الاخبار كثير جدا والقول بان الاوامر
الاستحبابية مسوقة لبيان اصل الاستحباب واما من يستحب له فالمنصف بالمستحبات
بالنسبة اليه مجمل وبان المتبادر منها من عدا الصبيان فاسد جدا لان مثل هذا
لا يجري في مثل ما ذكرنا وان امكن في بعض اخر واما الثاني فللاصل وعدم ظهور
مانع غير الادلة التي ذكروها والكل مردود اما الاصل فبالعموم المذكور واما حديث
رفع القلم فيمنع العموم فيه اذ ليس المراد بالقلم ولا برفعه حقيقته ومجازه
متعدد فلعله قلم التكليف او قلم المؤاخذة او قلم كتابة السيئات كما ورد في حديث
يوم الغدير انه يامر الله سبحانه الكتبة ان يرفعوا القلم من محبي اهل البيت عليهم السلام الى ثلثة
ايام ولا يكتبوا خطاياهم ولا معصيتهم واما كون الامر تكليفا فهو ممنوع بالملازمة وانما

هو في الايجاب ولو سلم فاشتراط مطلق التكليف بالبلوغ ممنوع واما الاخبار فلان
الظاهر منها هو صيام شهر رمضان وهو الذي يحتاج الى التاديب واما الاخرى فان
فان كان مرادهم ان كل صوم منه شرعي مندوب في حقه فهو مما لا دليل عليه
وكونها الامر بالامر امرا ممنوع واطلاق الاوامر مخصوص ببعض المستحبات
وان تعدى الى الباقي بالاجماع المركب واما الايجابيات فمخصوصة بالمكلفين
اذ لا وجوب على الصبي وتعميم الاوامر الوجوبية ورفع المنع عن الترك في
الصبي فيبقى الندب استعمال اللفظ في الحقيقة والمجاز وهو غير جائز والمراد
لشرعية صومه ان كان رضا الشارع به فهو غير الامر بل هو كرضاه بذهاب
الحمار من الطريق الفلاني اذ قال لصاحبه اذهب لابه من هذا الطريق
وان كان امره به فهو عين متحقق في جميع افراد الصيام وبما ذكرنا ظهر ان الحق
شرعية صومه المستحب مطلقا وتمرينية الواجب لا شرعيته وصحته وان اريد
بالشرعية مطلق رضا الشارع او انه امر الولي تمرينه عليه فلا مشاحة كما انه
لا مضايقة في ان يوصف بالصحة بمعنى الموافقة لكلام الصادر عن امر الشارع
او الامر من له الالزام انتهى فقد علم مما تقدم مواضع النظر فيه فتدبر
تنبيه يحصل من كلها ثم ظهور ثمرة الخلاف في موارد الاول الاجر فانه
على القول الاول والثالث والرابع يستحق الاجر والثواب وعلى القول الثاني
لا يستحقه وعلى الخامس يستحق في المندوب دون الواجب ثم انه تفترق
تلك الاقوال في انه على الاول يستحق اجر نفس العبادة وعلى الثالث اجر
التمرين وعلى الرابع اجر ما نوى منهما الثاني نية العبادة فعلى القول
الاول ينوي الندب وعلى الثاني ينوي الوجوب وعلى الثالث يجوز كل
منهما باعتبار واما على الرابع فان نوى امتثال الاوامر العامة نوى الندب

وان

وان نوى الاعتياد والتمرين نوى الوجوب وحال القول الخامس في الواجبات
حال القول الثاني وفي المندوبات حال القول الاول هذا وفي جميع ما بان
من موارد التمرين وبما ذكر يعلم ما في كلام الشهيد الثاني ره في الروضة مع
قوله بان عبادة الصبي تمرينية حيث خير في النية بين نية الندب ونية الوجوب
اذ لا مجال للاول حينئذ وان وجهه بعض المحشين بانها مبنية على كون
عبادته اشبه بالمندوب منها بالواجب الا ان ذلك لا يقتضي تسويغ نية الندب
فيه خصوصا مع الحكم بكونها اولى من نية الوجوب كما صرح به هو في اللمعة الا ان يلتزم
بكون نفس التمرين مما تعلق به الطلب على وجه الندب فيجوز له نية الندب بذلك
الاعتبار والظاهر انه بملاحظة حكمه بالتخيير في النية استفاد بعض الاواخر منه
انه يقول بالشرعية التمرينية الثالث النيابة فعلى القول الاول يجوز نيابته
عن ميت اوحي باجرة وبدونها وعلى القول الثاني لا يجوز لكفاية العمل الغير المامور
به عن المامور به وعلى القول الثالث ايضا لا يجوز لان رجحان العمل بناء عليه رجحان
تمرين لا رجحان عبادة فلا يجزي عن العبادة وعلى القول الرابع يجوز نظرا الى
كون عمله مطلوبا بالاصالة ولولاه لم يجد مطلوبية التمرين في قيامه مقام العمل
المشروع ويمكن المناقشة فيه على قول من يقول بان اخذ الاجرة عند الاجارة
على الواجبات انما هو على تنزيل نفسه منزلة المنوب وانه بعد تنزيل نفسه ينوي
القربة وان المتقرب ح هو المنوب عنه دون النائب وبهذا اجاب بعض
المحققين ره عن اشكال اخذ الاجير الاجرة على الواجبات فيقال هيهنا
انه بناء على ذلك يجوز ان ينوي الصبي القربة بعد تنزيل نفسه منزلة زيد
بالنيابة فالمتقرب هو زيد دون العامل وح لا يعمل الصبي لنفسه عملا حتى
يكون مما لا يمكن التقرب به اللهم الا ان يجاب بان العمل الصادر من الصبي لو كان

قابلا لان يتقرب به لاذن الشارع به ولو بلغ بالغ عدم امره به ينكشف عدم قابليته هذا ثم
ثم الثمرة المذكورة بلا اشكال فيما لو فعل الصبي عبادة واهدى ثوابها الى ميت فانه
على الشرعية تصح عبادته دون التمرينية وكذا على من ذهب من يقول بان النائب هو
المتقرب دون المنوب عنه الرابع ما لو عزم الصبي ليلا وتلبس به نهارا ثم انه بلغ
قبل الزوال على الا يبطل الصوم وجدد له النية فانه يصح صومه على القول الاول والرابع
فيجب عليه الامساك بعده الى الغروب بخلافه على القول الثاني والثالث فلا يجب
عليه اتمام صيام ذلك اليوم الى الغروب ولكن ذكر في المستند ثم قالوا تتفرع على
الخلاف ما لو بلغ في اثناء النهار قبل الزوال بغير المبطل فعلى الصحة بمعنى الشرعية
يجب الاتمام وعلى عدمها فلا ثم قال وفيه نظر اذ على فرض المندوبية والصحة فالدليل
على الوجوب في البالغ في الاثناء ولم يثبت علينا الوجوب الذي في المستجمع للشرائط
في تمام النهار والحمل على من قدم اهله قبل الزوال ونحوه قياس باطل والاصل تقتضي
عدم وجوب الاتمام ولا القضاء على القولين على ان من القائلين بالصحة القوم من
يقول بوجوب الاتمام تاديبا لا صوما انتهى اقول اما ما ذكره اولا من اعتبار تجديد
النية فانه لازم حتى على القول بعدم وجوب فصل الوجه لان المفروض انه صام بنية
الندب والصائم بعد البلوغ واجب نعم لو قلنا بجواز نية الوجوب في المندوب و
بالعكس لم يلزم تجديد النية واما ما اورده صاحب المستند من وجه النظر اولا ففيه
صحيح لكن ما ذكره اخيرا من ان من القائلين بالصحة القوم من يقول بوجوب الاتمام
تاديبا لا صوما محل نظر لان كون الاتمام بناء على احدهما صوما وعلى الاخر تاديبا
يكفي في تحقق الثمرة فتدبر الخامس ما لو توضأ للصلوة او اغتسل لها ثم بلغ قبل
التلبس بالصلوة فانه يصح بتلك الطهارة على القول الاول والرابع دون القولين
المتوسطين بينهما وكذا لو بلغ في اثناء الوضوء او الغسل بما لا يبطلهما فانه يصح له على القول

الاول والرابع ان يتم ما يشتغل بها الصلوة دون القولين المتوسطين بينهما السادس ما لو نذر
احد ان يوقف او وصى لمن صلى او صام مثلا صلوة شرعية او اتى بعبادة شرعية وعلى القول
الاول والرابع يستحق الصبي ذلك النفع المقرر المجعول وعلى القول الثاني والثالث
لا يستحق السابع ما ذكره صاحب ك حيث قال ويتفرع على ذلك بعض الخلاف في الشرعية
والتمرينية وصف العبادة الصادرة منه بالصحة وعدمها فان قلنا انها شرعية جاز
وصفها بالصحة وعدمها لانها عبارة عن موافقة الامر وان قلنا انها تمرينية لم يجز وصفها
بصحة ولا فساد ثم حكى عن جده ما ينبئ عن نفي هذه الثمرة فقال وذكر الشارح قده انه لا اشكال
في صحة صومه لان الصحة من باب خطاب الوضع وهو غير متوقف على التكليف وان
كان صومه تمرينيا وهو غير جيد لان الصحة والبطلان اللذين هما موافقة الامر و
مخالفته لا يحتاج الى توقيف من الشارع بل يعرف بمجرد العقل ككونه مؤديا للصلوة
وتاركا لها فلا يكون من حكم الشرع في شيء بل هو عقلي مجرد كما صرح به ابن الحاجب
وغيره انتهى وانت خبير بانه مع كون الثمرة المذكورة مما ليس له كثير نفع لان جواز
الوصف بالصحة وعدمها مما لا طائل تحته يتجه به عليها ان كون الصحة عبارة عن موافقة
الامر وكون الفساد عبارة عن عدم موافقته وعلى هذا فينتفيان على القول بعدم الامر و
يثبتان على القول بوجوده وليس الامر كذلك لان الصحة عبارة عن معنى كلي هو كون وجود
الشيء على ما يجب ان يكون عليه وهذا المعنى هو المعبر عنه في الفارسية بقولهم درستى و تمامى
ما هناك انه يختلف باختلاف الموارد والانظار فصحة كل شيء بحسب حاله ومن هنا
ترى ان الصحة عند الفقهاء توجد في ضمن اسقاط القضاء المتعلق غرضهم باحكام العبادات
في دار الدنيا وعند المتكلمين في ضمن موافقة الامر لتعلق غرضهم بالبحث عن التكليف في
الآخرة وكذا الحال في الاختلاف بحسب الموارد فصحة العبادة شيء مما عرفته من
الامرين وصحة المعاملة ترتب الاثر عليها والظاهر ان نظر الشهيد الثاني ره في تقليله

بين الصحة والشرعية الى هذا المعنى فيكون هو القول الفصل ويسقط ما اورد عليه حال
المحقق الخفاجي ره من ان الصحة عبارة اما عن موافقة الامر او سقوط القضاء وظاهر
ان شيئا منهما لا يعقل في فعل ما لم يتعلق به امر وخطاب من الشارع نعم الصحة في
المعاملات بمعنى ترتب الاثر وهو لا يقتضي الشرعية الا ان يمنع كون عبارة الصبي عبارة
ويتوقف ان الصحة فيها ايضا بمعنى ترتب الاثر كخروج الولي عن العهدة مثلا وح فلا يقتضي
الشرعية وهو بعيد فتامل انتهى واما ما اورده صاحب ك فهو مبني على القول
بكون الاحكام الوضعية مجعولة من جانب الشارع قد تعلق بها الخطاب من
الله تعالى كما هو مقتضى ظاهر التعبير بخطاب الوضع المستلزم لكون تلك الاقسام خطاب
وظاهر كما ترى في تهذيب القواعد ولكن تصدى جمال المحققين ره لدفعه فقال
واما الايراد على الشارح ره بان الصحة بمعنى موافقة الامر ليست من خطاب الوضع
بل يعرف بمجرد العقل لكونه مؤديا للصلوة وتاركا لها على ما صرح به ابن الحاجب وغيره
كما اورده صاحب ك فلا وقع له ههنا اذ ليس ههنا مقام تحقيق هذه المسئلة
ويكفي لحكم الشارح ره بكونها من خطاب الوضع ذهاب بعض الاصوليين اليه
والقول بكونها ليست من خطاب الوضع بل هي عقلية لا ينفي ما هو غرضه
ههنا بل يؤكده فلا وقع كثيرا لمثل هذا الايراد عليه ههنا على ان ذلك انما يتوجه
على تفسير الصحة بما فسر واما لو فسرت بالتفسير الاخر فلا يبعد القول بكونها من
خطاب الوضع كما قيل وحكم ابن الحاجب بكونها عقلية على التفسيرين مطلق فيه
ثم على ما ذكرنا من توجيه كلام الشارح ره لدفع ما اوردنا عليه يندفع هذا الايراد
ايضا اذ الصحة بمعنى ترتب الاثر من خطاب الوضع كما هو المشهور فتامل انتهى
وانت خبير بانه لا دفع لما دفع به الايراد فتدبر في قولنا سابقا وثانيا لو سلمنا اختصاص
الاحكام حتى الوضعية بالبالغين لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعا

للاحكام

للاحكام المجعولة في حق البالغين آه اوردنا عليه بانه مخالف للاجماع ظاهرا فيصير هو
قرينة على صرفه عن هذا المعنى فتامل فيه كسابقه ولذا تردد المحقق ره في الشرايع في
اجارة المميز باذن الولي بعد ما جزم بالصحة في العارية قال ره في كتاب العارية
فلا يصح اعارة الصبي ولا المجنون ولو اذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة
انتهى وقال في كتاب الاجارة فلو اجر المجنون لم ينعقد اجارته وكذا الصبي غير المميز
وكذا المميز الا باذن وليه وفيه تردد انتهى وقال العلامة ره في التحرير في باب
العارية ولو كان الصبي مميزا او اذن له الولي في الاعارة جاز مع المصلحة ولا فرق
بين ان يعير ما عليكم او يكون نائبا عن غيره انتهى وقال في باب العارية من ره
القواعد لو اذن له الولي للصبي في الاعارة جاز مع المصلحة انتهى وقال المحقق الثاني
في شرح العبارة لا شك في الجواز مع المصلحة والعبرة ح باذن الولي لا بعبارة الصبي
٢ بصحة انتهى ولا يخفى عليك ان فحوى هذا الكلام يقتضي الحكم بجميع معاملات الصبي باذن المالك
لان العبرة اذا كانت باذنه دون عبارة الصبي فهي موجودة في غير هذا المورد ايضا فلا
٣ في كـ م وجه للفرق بين هذا المقام وغيره هذا ولكن قال ره في شرح عبارة المحقق التي
حكيناها عن كتاب العارية ما لفظه قد تقدم في البيع ان عقد الصبي لا عبرة به وان
اذن له الولي واما جوازها هنا لان العارية لما كانت جائزة لا تختص بلفظ بل كل ما دل
على رضا المعير وهو هنا الولي كان اذنه للصبي بمنزلة الايجاب فالعبرة ح باذنه
لا بعبارة الصبي وعلى هذا فلا فرق بين المميز وغيره ثم قال وينبغي ان يكون المجنون
كذلك لاشتراكهما في الوجه فلا وجه لتخصيص الصبي بعد ذكرهما انتهى وبذلك
يندفع ما اوردناه من الاشكال على المحقق الثالث ره ويتجه الاشكال على المص ره
لو كان مراده جعل جزم المحقق ره بالصحة في العارية جزءا في النقض والاشكال
على الحكم بعدم صحة بيع الصبي ولعله من عبارة لك اخذ بعض المعاصرين ما ذكره

في مقام عدم انتقاض معاقد الاجماع مع عدم صحة العقد عقد الصبي من تعليم نقول لا محالة
استثناء العارية مع تسليم الصحة فيها على وجه ثان في مسلوبية عبارته والا فلا تنقضا
اصلا انتهى ولكن لا يخفى عليك انه يبقى هنا شيء وهو ان ما ذكره في ذلك من كون اذن
الولي للصبي بمنزلة الايجاب لا تتم الا بان يقال انه لا يعتبر في العقود الجائزة ما يعتبر في العقود
اللازمة من توجيه احد المتعاقدين الخطاب الى الاخر في مقام العقد والا فلا تتم ذلك
هذا ولكن ناقش بعض من تاخر في دلالة ما ذكره المحقق في العارية بانه لعل المراد منه لك بعض
مجرد الاباحة دون العقد قلت هذا التفريع سالم عن الاشكال بناء على ما بني عليه عبارة الكل
الا انه خلاف ظاهر العبارة المسوقة لافادة ان ظاهرها تحقق عقد العارية منه بدون شيء
واستشكل فيها في عقود به انه استشكل في الاجارة في الكتابين قال في كتاب الاجارة من
عقد ولا بد فيه من الايجاب والقبول الصادرين عن الكامل الجائز التصرف فلا ينعقد
اجارة المجنون ولا الصبي غير المميز ولا المميز وان اذن له الولي على اشكال انتهى وفي كتاب
الاجارة من التحرير ويشترط فيها في المتعاقدين البلوغ والعقل وجواز التصرف فلا يصح
اجارة الصبي وان كان مميزا ولو اذن له الولي على اشكال لجا باو قبولا انتهى وقال المحقق
الثاني ره في ذيل العبارة التي حكيناها عن عقدنا الوجه في اشكاله ما نصه ينشأ من الحجا
نفسه باذن الولي ومن قوله عم رفع القلم عن ثلثة منهم الصبي فانه اذا رفع القلم عنه
لم يعتد بعبارته شرعا في حال من الاحوال ولان اذن الولي لا يصير الناقص كاملا اعا
نوثر في الكامل المحجور عليه بسبب اخر وهو السفه والاصح عدم الصحة انتهى ولا يخفى
ما فيه من التهافت لان دلالة الدليل على كون اذن الولي جابرا للنقص الموجب عليه لكن
وجه لحكمه بان اذن الولي لا يصير الناقص كاملا وكذا حاكما على قوله عم رفع القلم على
تقدير تسليم دلالته على كون عبارته مسلوبة الاثر وان لم يدل عليه دليل لم يكن وجه
لجعله وجها لاحد طرفي الاشكال الذي هو الجواز وفي ذلك في شرح عبارة المحقق الخ

حكيناها

حكيناها عنه في التجارة ما لفظه قد تقدم الكلام في نظير هذه وان الاقوى البطلان مطلقا لنقصه
لان عبارته مسلوبة بالاصل فلا يصححها الاذن ولان الاجازة لرفع القلم عنه وهو
عدم الاعتداد بعبارته شرعا في حال واذن الولي لا يصير الناقص كاملا نعم يؤثر
في الكامل المحجور عليه بسبب عرضي كالسفه انتهى فتوكسى وقال في عقد وفي صحة بيع
المميز باذن الولي نظر قاله في ذيل الفصل الاول من باب الحجر وقال المحقق الثاني ره
في شرحه ينشأ يعني النظر من ان البلوغ شرط لاعتبار الصيغة ومن ان اذن الولي
مصير لها بمنزلة الصيغة من البايع وليس ببعيد البناء على ان افعال الصبي واقواله
شرعية ام لا والاصح انه لا يصح انتهى فتوكسى واختار في التحرير صحة بيع الصبي في مقام
اختبار رشده قال ره في باب الحجر منه ما لفظه وقت الاختبار قبل البلوغ مع التمييز ومع
اذن الولي يصح تصرفه وبيعه انتهى ولكن لا يخفى عليك ان ظاهر عبارة التحرير هو كون
مناط جواز بيع الصبي انما هو اذن الولي لا مجرد وقوعه في حال الاختبار والظاهر ان
المصرة استفاد ما نسبه الى التحرير بضميمة ما ذكره في كتاب البيع حيث قال يشترط في
المتعاقدين البلوغ فلا يصح بيع الصبي ولا شراؤه وان اذن له الولي وسواء كان
مميزا او غير مميز انتهى فحمل المصرة ما ذكره في باب الحجر بمنزلة المستثنى عما ذكره في كتاب
البيع فيكون ما هو الصحيح من عقد الصبي عنده ما وقع باذن الولي في مقام الاختبار
بخصوصه فتوكسى نعم لقائل ان نقول ان ما عرفت من المحقق والعلامة وللثاني القاضي
وغيرهم خصوصا المحقق الثاني ره الذي في المسئلة على شرعية افعال الصبي يدل على عدم تحقق
الاجماع قال بعض المعاصرين بعد حكايته مناقشة المصرة بما عرفت من التردادات والخلاف
وبعد حكمه بعدم صراحة معاقد الاجماع في ارادة ما يشمل صورة الاذن للصبي ما لفظه الا
ان الانصاف انها يعني معاقد الاجماع ان لم تكن صريحة في ذلك ولو علاحظة السياق في
القراين الداخلة والخارجة فلا نتكلم ظهورها في ذلك لا يخفى على المتدبر فيها حال ان الخ

قال العلامة في القواعد في بحث البيع او الشراء في مواضع ... الرابع
لا ينعقد ... ما لكل ... الرابع ... بالاختبار ... من ... المقرر ... ولد
... الى بعض البيع ... الصبي ...
سلم من الغاية ...
الكتاب الذي ... يدفع اليه ... فان كان
الاسواق بيد ... وصالح ...
لتصحيحها ...
فيما حافظا ... كذا ...
ولينقص ... نكح ... ذكره
يعلم ... ما لا ... فيها
لصلاح ...

او الخلاف المزبور مع تسليمه غير قادح لامكان استثناء العارية مع تسليم الصحة فيها على وجه
ينافى صلاحية عبارته والا فلا تورد نقضا اصلا ولامكان كونها حجة على المخالف بناء على
حجية امثالها كما هو الظاهر مع ان التردد انما هو فى مقام الاجتهاد واما فى مقام ٢ هذه
العمل فالظاهر انهم بانيهم انما هو على اصالة عدم ترتب الاثر ونحوها انما الخروج
عنها بالعمومات والاطلاقات مع تسليم صدقها وتسليم انما الكلام كانه فى غير محله ولو
بعد الشهرة العظيمة على خلافها وح فلا مجال للمناقشة فى الاصول بالخروج عنها
بذلك انتهى ولا يخفى ما فيه اما اولا فلان منع وقوع الخلاف او التشكيك فيه بعد
ما عرفت من كلماتهم كما ترى فى غير محله مع تسليمه لا وجه له واما ثانيا فلان قوله ولامكان
كونها حجة على المخالف بناء على حجية امثالها لا ارتباط له بالمقصود فى هذا المقام
فان مثل الكلام الذى ذكره انما يكون له وقع فيما لو ادعى احد من الفقهاء التمسك
بالاجماعات فى عداد الادلة على الاشتراط كما لو كان قد علم مدعيا على المصنف ره مثلا بانه
لا وجه لذكرها فان مثل الكلام الذى ذكره كان يصح عذرا عن ذكرها فى عداد
الادلة وليس كلام المصنف ره فى ذلك المقام وانما هو بصدد تحقيق حال تحقق الاجماع وعدم
تحققه وبيان عدم انعقاده مع وقوع التردد وصدور كلمات دالة على عدم كون الحكم
بالفساد من قبيل المسلمات وتحقق الحكم بالصحة من جماعة فى الجملة فلا وجه لمقابلة من هو بصدد
التحقيق بامكان كون ذكر معاقد الاجماعات حجة على المخالف بناء على حجية امثالها
واما ثالثا فلان ما ذكره من اتفاقهم فى مقام العمل لا اساس له بصيرورة المسئلة اجماعية
الا ترى انه من توقف فى هذه المسئلة فى مقام الاجتهاد غير متثبت لشرطية البلوغ
فيصير مخالفا واتفاق موافقته كشفا للشرطية بعد الرجوع الى الاصول العملية وكون
الاصل العملى فى المقام مقتضيا للفساد لا يوجب الاتفاق فى الحكم بل ولا نفى
الخلاف فيه فضلا لكونه من ضروريات اهل العلم فتدبر لانه لا اشعار فى نفس

الصحيح

الصحيح بل ومع عدمها بالاختصاص بالجنايات لا يخفى ان قوله عمدهما خطاء تحمله العاقلة فى
رواية قرب الاسناد عن ابى البخترى الاتى ذكرها فى كلام المصنف ره لكن على الاختصاص
بالجنايات لعدم جريان حمل العاقلة الا فيها واحتمال ارجاعه الى بعض افراد العام
بعيد جدا ولهذا لم يشتهر الاستدلال بها فى المقام مع اشتهارها فى الجنايات فى كتبهم
والحاصل ان مقتضى ما تقدم من الاجماع المحكى فى البيع وغيره من العقود والايقاعات
المتفرقة بعد انضمام بعضها الى بعض عدم الاعتبار بما يصدر من الصبى من الافعال المعتبر فيها
القصد الى مقتضاها كانشاء العقود اصالة ووكالة وقد صرح ره سابقا بانه اذا ساوم
وليه متاعا وعين له قيمته وامر الصبى بمجرد ايقاع العقد مع الطرف الاخر كان باطلا
وهذا القدر مما يثبت كاملة فى عدم الاعتبار وذكر هنا انه لا يجمع ما يصدر منه من
العقود وكالة ايضا وفاقا للمقابيسية [illegible] الاستناد لجوازه وكالته بما رواه الكلينى
عن ابى ابراهيم بن ابى يحيى عن ابى عبد الله ع قال تزوج رسول الله ص ام سلمة
زوجها اياه عمر بن ابى سلمة وهو صبى لم يبلغ الحلم فاجاز نكاحه فى النكاح فكذلك
غيره بالطريق [illegible] ولعدم القائل بالفرق ثم قال وهو لضعف سنده واحتمال
عدم مباشرته لنفس العقد وامكان النسخ لا يصلح للاعتماد والاعتماد على قول
الصبى فى غير العقود والايقاعات لا يقتضى حجية صدورها ويكفى فى الفساد عدم
الدليل على صحته والادلة السابقة والحكمة المقررة والمخالفة لديدنه القياسى
فى الشريعة والاعراض عن الادلة المعتبرة ومخالفة العترة صلوات الله عليهم انتهى
فى كسى ولو قال مستحق الدين للمديون سلم حقى الى الصبى فسلم مقدار حقه الى الصبى
من الدين وبقى المقبوض على ملكه ولا ضمان على الصبى لان المالك ضيعه حيث
دفعه اليه وبقى الدين لانه فى الذمة ولا يتعين الا بقبض صحيح كما لو قال ارم حقى
فى البحر يؤدى الى توكيل من عليه الدين فى تعيينه فى الشئ المشخص الذى يريد ان يدفعه

مشغول

يوميه في البحر ومثله لو قال سلمه الى الصبي وحج لا ينبغي جهال الحكم بنفاه من عليه الحق
الذمة وقد اعترف المقدس في تصحيح المعاطاة بانه لو قصد المبيح تفوى البحث
ان تبيع مالي لنفسك ان يشاني كيلك في بيع ماله ثم نقل الثمن الى نفسه بالهبة
او في نقله اولا الى نفسه ثم بيعه كان صحيحا فوكسي ثم ان العلامة ره في التذكرة
لما حكاية ابا الدرداء اشترى عصفورا من صبي فارسله ردها بعدم الثبوت
وعدم الحجية وتوجيهه بما يخرجه عن محل الكلام وهو انه جاز ان يكون يعرف
انه ليس ملكا للصبي فاستنقذه واورد عليه في المقابيس بان ارسالم مناف
لذلك الا ان يكون ماذونا فيه ثم قال والاولى ان يجاب بما ذكره اولا وبعدم
ثبوت النقل وباحتمال الاستيفاء من الولي وتسلم الثمن اليه او ارادة
الصبي في العرف وانه لا ثان بالغا في الشرع ولا عموم في حكاية القضية انتهى فافهم
فوكسي وقال كاشف الغطاء ره بعد المنع عن صحة عقد الصبي اصالة ووكالة ما لفظه
نعم تثبت الاباحة في معاملة المميزين اذا جلسوا مقام اوليائهم او تظاهروا على رؤس
الاشهاد حتى يظن ان ذلك من اذن الاولياء خصوصا في المحقرات ثم قال ولو قيل
بتملك الاخذ منهم لدلالة ماذونية في جميع التصرفات فيكون موجبا وقابلا
لم يكن بعيدا انتهى محصل الكلام في هذا المقام ان القائل بصحة معاملة الصبي اما
ان تقول بكون معاملته بخصوصها عنوانا ملحقا حكم الصحة كما زعم الاقوال
السبعة التي ذكرناها فانه لا يخرجه تماما عن عنوانها ولكن تحكون بصحتها من
جهة السيرة وغيرها من الادلة المتقدمة في بيع الصبي عندهم بيع الا انه مع كونه
معنونا بهذا العنوان صحيح اما مطلقا لعدم اشتراط البلوغ فيه كما هو مقتضى ما حكي
عن القاضي او في نوع منه فيكون مستثنى عن عنوان مطلق البيع الذي قد ثبت
فيه الاشتراط بشرائط منها البلوغ واما ان تقول بصحة نوع من معاملة

الصبي تطبيقا له على القاعدة وادراجه في عنوان يكون مقتضاه الصحة وقد وقع هذا
على وجوه احدها ما عن صاحب مفتاح الكرامة ره وربما تبعه غيره من ان الشروط
المعتبرة في البيع من البلوغ والعقل وتعيين العوضين وامثال ذلك انما تعتبر في
عقد البيع وغيره من العقود واما المعاطاة فلا يعتبر فيها ما يعتبر في العقود من
الشرائط بل هي معاملة مستقلة كما ذهب اليه الشهيد ره لم يثبت فيها ذلك الشروط
بل قد قامت السيرة على صحتها وان لم تكن جامعة للشرائط التي اعتبرها الفقهاء
في العقود مما اشرنا اليه على خلاف ما افاده المحقق الاردبيلي ره حيث قال في ذيل
قول العلامة ره ويشترط صدوره من بالغ عاقل مختار مالك او من في حكمه
الظاهر ان ذلك كله شرط في عقد البيع على الوجه الذي قلناه وعممناه على الوجه
الذي قالوا لاشتراك الدليل فيشترط ذلك في المعاطاة ايضا لاشتراك
الدليل وان كان ظواهر عباراتهم هنا خالية عن ذلك انتهى ثانيها ما هو محتمل
صدر عبارة كشف الغطاء المذكورة ومحصله ان ولي الطفل الذي اجلسه في مقام
نفسه اباح لمن يشتري من الطفل ماله بعوض وجلوس الطفل دليل على ذلك
فان افاد القطع فهو والا فلا اقل من افادته للظن فالاخذ من الطفل باخذه
ان المالك اباح له المال بعوض وهذا مبني على ان يكون المراد بالاباحة في عبارة
اباحة الاولياء ويكون المراد بقوله حتى يظن ان ذلك من اذن الاولياء حصول
الظن من جلوسهم وتظاهرهم بان اباحة الاولياء اياهم مقام انفسهم اذن منهم
للاخذ في الاخذ وهذا هو الذي اوضحه بعض المحققين بانه ينطبق على القاعدة
من جهة دخوله مثلا في المعاطاة وانه يكفي فيها مجرد وصول العوض كل من
المالكين الى صاحب الاخر كما ذكره الحامي والموضع الذي اعده السقاء لوضع
الفلوس فيه فالصبي هنا بمنزلة كوز الحامي مثلا هذا ولكن الظاهر ان المراد بالاباحة

لا يخفى ان ما ذكره انما هو بالنظر الى الدليل
على اعتباره هنا حتى ذكر ان كلامه

هي الاباحة الشرعية وان لفظ ذلك اشارة الى قيامهم مقام الاولياء وان تظاهرهم
لفظ من نسخة فيصير المحصل اعتبار معاملة المميز باذن الولي غاية ما في الباب
ان الاذن هنا غير معلوم وانما قامت عليه الامارة الظنية فتدبر ثم انها
ما افاده ذيل كلام كاشف الغطاء قدس سره وهو قوله ولو قيل بتملك الاخذ منهم
لمأذونية في جميع التصرفات فيكون موجبا قابلا لم يكن بعيدا ومحصله انه جعل
الطفل في ذلك المقام وتظاهره على رفع الاستشهاد دليلا على ان الاخذ من
الطفل مأذون من جانب المالك الذي هو ولي الطفل فيكون الاخذ موجبا
من جهة وقابلا من اخرى فاذا اشترى من الطفل كان موجبا على وجه الفرعية
لتفرعه عن اذن ولي الطفل وقابلا بالاصالة لكونه مشتريا بالاصالة ولو باع
على الطفل كان الامر بالعكس فكان الاخذ وكيلا عن المالك ويتوجه على الاول
بابتنائه على ما لا نقول به من كون المعاطاة معاملة مستقلة والثاني بان الاباحة
العامة بلا عوض كما في الضيف ونحوه وان كانت تفيد جواز التصرف
الا ان تأتي الاباحة العامة بعوض في غيره مسلم ولم يقم عليه دليل على ان
صيرورة العوض ملكا يجري عليه احكام الملك وجواز التصرف فيه على حد
تصرفات الملاك في اموالهم مما لا دليل عليه وان كان بمجرد قبضه ليس حراما
فتامل مضافا الى ما اورد عليه من منع السيرة المعتبرة على الاباحة مع المظنة
بالرضا وانما نسلم مع العلم العادي به هذا والثالث بانه ليس هناك اذن
سابق مفيد للتوكيل وغاية ما هناك وجود الرضا من المالك ومجرد الرضا لا يثبت
صفة التوكيل فيصير من قبيل الفضولي في التصرف فيما اشتراه فضولا لا يحرم الا بعد
لحوق الاذن اللفظي ولهذا لو علم رجل برضا صاحبه ببيع ماله فباعه لم يكن له التصرف
في الثمن الذي قبضه فان تصرف فعل حراما انتهى في رد هذا الوجه باصفهره

من الصبي

قوله قدس سره من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول اللفظ

من الصبي موجبا وقابلا باذن وليه مخالفة للاجماع والسيرة ايضا فانا لا نجد ذلك في
انفسنا ولا نرى انفسنا بانيا المتعاطين مع الصبيان بل الموجود عند الجميع عدم
قوله قدس سره من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به
لا يخفى ان هذه العبارة قد احتوت اشتراط القصد الى اللفظ بان لا يكون غالطا في
التلفظ به واشتراط القصد الى المعنى بان لا يكون مريدا له على وجه لطيف وذلك لان
من اراد البيع فغلط وقال اجرت ليس قاصدا الى مدلول العقد الذي تلفظ به لانه تلفظ
بالاجارة والمفروض انه قاصد الى البيع وكذا من تلفظ بكلمة بعت واراد الاخبار او الهزل
لذلك فانه غير قاصد الى مدلول عقد البيع وهو انشاؤه قوله قدس سره وانشاء معنى غير
البيع مجازا او غلطا هذا الغلط الساقي لان ذلك في التلفظ بكلمة بدل كلمة وهذا
في استعمال اللفظ في خلاف ما وضع له بغير علاقة قوله قدس سره من القصد المحقق في
مفهوم العقد الطرف الاخير متعلق بالمحقق والمراد بالقصد المذكور الالتفات الى
استعمال لفظ العقد في معناه الذي هو له قوله قدس سره واما معنى ما في [illegible] في اشتراط
الاختيار فقد ذكر هنا ان المراد بالقصد الذي نفاه عن المكره هو القصد الى وقوع اثر
العقد ومضمونه في الخارج لا اخلاء الكلام من المعنى وعدم ارادته منه واستشهد لذلك
بانه فرق بين المكره وبين الفضولي في الحكم عليهما بانهما لم يقصدا الى مدلول اللفظ صريحا
ان الفضولي ليس ممن تلفظ بالعقد مجردا عن ارادة معناه قوله قدس سره واعلم انه ذكر بعض
المحققين ممن عاصرناه هو صاحب المقابيس قدس سره قوله قدس سره وان عين البائع من المشتري
اذا امكن الوصفان في كل منهما بان لم يكن احدهما لعوضية من قبيل النقود بل كان كلاهما
من قبيل العروض كالحنطة مثلا فيمكن هنا ان يقول العاقد مثلا بعت منا من حنطة
احد من كلي من من حنطة الاخر ويمكن ان يقول بعت من قبل من كلي فلان منا من حنطة
من من كلي فلان عن من من حنطة مثلا فيتعين الثاني اذ بذلك يحصل تمييز البائع من صفة

العنوان عن المشتري بما هو صنف العنوان دون الاول هذا ولكن لا اشكال في اقامة الدليل
على خصوص تميز الوصفين وما سنذكره من الدليل على بقاء الملك بعين ما للمالك لا يفي
باثبات الحكم في هذا الفرض بخصوصه وهذا الاشكال لا دخل له بما يرد على المصنف لانه هنا بصدد
على تحقيق انطباع ذلك الفرض قوله لكان دائر الامر بين نفسه وغيره فانه ينصرف الاطلاق
الى نفسه وهو ظاهر قوله والدليل على اشتراط التعيين ولزوم ما نعتبره في
هذا القسم يعني ما يتوقف تعيين المالك على التعيين حال العقد في مقابل القسم الاخر الذي
ياتي في كلامه وهو ما لم يتوقف تعيين المالك على التعيين حال العقد قوله وان
وان لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيها العوضان يعني انه في صورة
عدم تعيين المالكين اعني البايع والمشتري يلزم عدم حصول الجزم فيما اذا لم يكن
العوضان من قبيل الاعيان بل كانا من قبيل الكلي وذلك لان الكلي لا يتعين
الا باضافته الى شخص فلا يحصل الجزم بتحقق البيع كغيره من المعاوضات ولا بشيء
من احكام الملكية المترتبة على شيء من العوضين لان شيئا منهما اذا لم يتعين باضافة
ما كان كليا على شخص معين لا يكون هناك مجال لجريان احكام ملكية فيه قوله وعلى
هذا فلو اشترى الفضولي لغيره في الذمة اذ لا يعقل في الذمة لكون الثمن كليا
وليس مراده ذمة خاصة من ذمته او ذمة غيره كما لا يخفى على من تدبر في اطراف
الكلام قوله بان يكون العوضان معينين ولا يقع العقد فيهما على وجه يصح
الا لمالكيهما الظاهر ان العطف من باب عطف اللازم على الملزوم وان المراد
بالصحة هي الصحة الفعلية الحاصلة في حال الاطلاق قوله او التفصيل بين التصريح
بالخلاف فيبطل وعدمه فيصح يعني انه لو صرح بعد العقد بعدم تعيينه حال
العقد بطل والا فلا وجه كون هذا الوجه اقوى عنده هو ان ما ذكره يشمل
على دعويين والسر فيه اولهما ان عدم التعيين مقتضى لبطلان العقد والعاقد

اعرف

اعرف بما نواه هو في حال العقد فيحكم بالبطلان واما الثانية فالدليل عليها انه اذا
لم يصرح بالخلاف بعد العقد بقي على اطلاقه ومعلوم ان الاطلاق ينصرف الى تعيين
المالك فيكون في حكم تعيينه قوله فصح ما ذكرنا ان تعيين المالك مطلقا غير
معتبر سواء في العوض المعين او في الكلي وان اعتبار التعيين فيما ذكره من
الامثلة في الشق الاول من تفصيله انما هو لتصحيح ملكية العوض فيحتاج تعيين من يضاف
الملك اليه لا لتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا اقول
لا يخفى ان الغرض الاصلي من البيع انما هو التمليك لا مجرد المعاوضة بين الاعيان
كما هو كان المالك ينظر اليه كما هو واضح لمن تدبر في معنى البيع ولاحظ اغراض
الناس في معاملاتهم بل نقول ان البيع عبارة عن التمليك وان لم يكن التمليك
منحصرا فيه عند المصنف ولذا عرفه بانه انشاء تمليك عين بمال وصرح بانه
لا تمليك سواه ردا على من قال ان التمليك ينصرف الى البيع وقد استدل صاحب
المقابيس على لزوم تعيين البايع والمشتري وتميز احدهما من الاخر بان حصول
ذلك لازم لتحقق التمليك بلا ما لا شك في نفس الامر فصح ان يقال ان تعيين المالك شرط
في البيع الذي هو التمليك ولم يصح ان يقال ان تعيين المالك مطلقا غير معتبر
لم تعين الاعيان في الخارج مع معلومية ملاكها يحصل بذلك الشرط ويحقق له فيكون
مسقطا للتعيين ومغنيا عنه وقد تكلم المصنف على ما هو المركوز في الطبايع حيث
قال فالقصد الى العوض وتعيينه يغني عن تعيين المالك ومعلوم ان اسقاط
معلومية ملاك الاعيان واغنائها عن تعيينها لا ينافي كون اشتراط تعيين المالك
ولبس منافيا واما ما ذكره من نفي كون تعيين المالك لتوقف المعاملة على تعيين
ذلك الشخص فيندفع بما ذكرناه من كون وضع المعاملة على التمليك وانه
مع عدم تعيين المالك لا يقع الملك لغيرها لانه في الواقع بانه لتوقف المعاملة عليه

جهة ثبوت اشتراطها به مضافاً الى ان لقائل ان يقول ان انتصار الصاحب المقابس ره
انما ذكر اعتبار تعيين المالك ولم يقيد بكون الاعتبار من جهة توقف المعاملة
عليه فكلامه مطلق بالنسبة الى الصورتين في كون الاعتبار بالاصالة او كونه بالعرض
واما ما ذكره المصنف ره من الايراد على ما ذكره في القسم الثالث وهو ما لو كان العوضان
معينين فالانصاف انه متجه قدس سره واما ما ذكره من مثال من باع مال نفسه عن غيره
فلا اشكال في عدم وقوعه عن غيره والظاهر وقوعه عن البايع وغرضه ره من هذا
الكلام دعوى ان هذا المعنى مبني على ما ذكره المصنف ره ومؤيد له وذلك لانه ذكر ان
مقتضى المعاوضة هو ان ينتقل كل من العوضين الى مالك العوض الاخر ومن
هنا صح اصل المعاملة ولغى قصد كونها للغير قدس سره الا ان يقال ان وقوع
بيع مال نفسه لغيره انما لا يعقل اذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية اه
هذا استدراك من حكمه بصحة المعاملة للمالك ولغوية قصد كونها للغير و
محصله الحكم ببطلان المعاملة استنادا الى احد الامرين من عدم قصد
المعاوضة الحقيقية ومن قصده لها على وجه التنزيل ومع قصد المعاوضة
الحقيقية يكون البطلان واضحا وكذا مع قصدها وايقاع المعاملة مع غير المالك
الحقيقي من جهة انتفاء ركن العقد حيث ان اضافة العوض الى غيرها لكنه توجب
خروج المضاف عما هو عليه ولكنه ره دفع هذا بقوله ولكن الاقوى صحة المعاملة
المذكورة قدس سره الاقوى هو الاول عملا بظاهر الكلام الدال على قصد
الخصوصية وتبعية العقود للقصود لا يخفى ان هاتين المقدمتين انما تنتجان
صحة العقد الواقع وتعيين ان المراد به انما هي الخصوصية واما انه يجب على من
بيده العقد ان يقصد الخصوصية عند ايقاعه كما هو المبحوث عنه في المقام
فلا يلزم من المقدمتين المذكورتين قدس سره ويرد على الوجه الاول من وجهي

الفرق

الفرق ان كون الزوجين كالعوضين انما يصح وجها لوجوب التعيين في النكاح لا لعدم
وجوبه في البيع فكيف يدفع هذا الايراد بان المانع من صحة توجيهها لعدم وجوب التعيين
في البيع هو انه لم يصرح بما هو سبب عدم وجوب التعيين والعذر في ذلك ان سببه
ليس امرا وجوديا زايدا على انتفاء ما ذكره من الوجه في النكاح ومعلوم ان انتفاء ذلك من
البيع يعلم بالمقايسة وحكم المقابلة لان ذكر ان الزوجين في النكاح بمنزلة العوضين في ساير
العقود في مقام الفرق بينه وبينها يعطي ان المتعاقدين في ساير العقود ليسا بمنزلته
فلا يجري حكمه فيهما قدس سره ولا ثانيا في ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير اصيل
فتامل الظاهر ان الامر بالتامل للاشارة الى وجه النظر في عدم المنافاة بين ان يكون الظاهر
من حال البايع الناشي من الغلبة عدم تعلق غرضه بخصوص مشتر دون اخر وعدم قصده
الى كون المخاطب بخصوصه هو المشتري وبين ان يكون الظاهر من حال المشتري هو الشراء
لنفسه اما من جهة غلبة ذلك في المباشرين للاشتراء او من جهة ظهور لفظ المشتمل على
اسناد الفعل الى ضمير المتكلم في مثل اشتريت او تملكت بل في مثل قبلت مع وضعه لمجرد قبول
حاصله من الموجب المقتضي للعموم بالنسبة الى ما لو كان الايجاب عبارة عن انشائه
او لموكله او لمن له عليه ولاية ووجه الظهور هو ان مقتضى انصراف اطلاق اللفظ بمعنى
الاتيان به عاريا عن القيد انما هو كون القبول له دون غيره ومع ثبوت ان مقتضى كون قول
المشتري في دعوى انه غير اصيل مخالفا للظاهر هو عدم قبول قوله قده فذلك الوجه
ولعل الوجه عدم تعارف صدق هذه العناوين على الوكيل فيها فلا يقال للوكيل
الزوج ولا الموقوف عليه ولا الموصى له ولا الوكيل بخلاف البايع والمناجي
فتامل حتى لا يتوهم رجوعه الى ما ذكرنا سابقا واعترضنا عليه اراد دفع توهم رجوع
وجه الفرق الذي ذكره هو ره ووجه به الاستشكال في ان نفاد الوكالة وحينئذ يصح ما كون
المخاطب كيل الزوج الى وجه الفرق الذي نقله في طي ما حكاه فيما تقدم وقد نقلنا واعترضنا عليه

وهو ان معنى قوله بعتك كذا بكذا رضاه بكونه مشتريا للمالك المبيع والمشتري يطلق على المالك
و وكيله و وجه اندفاع توهم الرجوع هو ان مناط ما ذكره ذلك القائل دعوى ان
معنى بعتك رضيت بكونك مشتريا وهو يطلق على الاصيل والوكيل ومعنى زوجتك
رضاها بكونه زوجا والزوج لا يطلق الا على الاصيل ولذلك اعترض ره عليه بان
معنى بعتك انما هو جعلتك مالكا ولا يصدق على الوكيل وليس معناه رضيت
بكونك مشتريا ومناط الفرق الذي ذكره المصنف ره هو انه وان كان من المسلمات عند
ان حقيقة قيام الفعل بالفاعل هو قيامه بالاصيل دون الوكيل فاسناده
الى الثاني مجازي وان حقيقة وقوع الفعل على المفعول وقوعه على الاصيل دون
الوكيل فتعلقه بالثاني تعليق مجازي الا انه تعارف في البيع والاجارة اسناد
الفعل الى الوكيل و تعليقه به ولم يتعارف في النكاح وشبهه ولما كان اقل ما يعتبر
في العقود كونها جارية على الاستعمال المتعارف فلذلك لا يصح في القسم الاول عدم
لزوم تعيين كون من قام به العقد اصيلا دون القسم الثاني فيعتبر فيه تعيين
كونه اصيلا ثم وجه هذا الوجه استشكال المستشكل واما لم نقر التوجيه
في خصوص العقود اللازمة لانه جرى في طي الاستشكال ذكر كلمة خطابا
الى وكيل الوكيل ومعلوم ان الوكالة ليست من العقود اللازمة وبما ذكرنا من
البيان لا يتوجه الايراد على المصنف ره بانه لم يعتبر قرب المجاز المستعمل في العقود اللازمة
فان ذلك كان مذهب المحقق الثاني ره وانما اعتبر كون المجاز لفظا قرينته
لفظية فتدبر من شرائط المتعاقدين الاختيار قوله والمراد به القصد
الى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس في مقابل الكراهة وعدم طيب النفس لا الاختيار
في مقابل الجبر تعريض بصاحب الجواهر ره حيث قال ومن المعلوم انتفاء ارادة معنى العقد
من المكره لعدم تحقق الاكراه عليه ثم استشهد بكلام العلامة ره في التذكرة من انه

في معنى

تعارف اسناد الفعل الى غير من هو له
اذا كان عن علقة البيع والاجارة ونحو ذلك
الكلام هو ما استعمل على نحو
انه ره هو نفسه ...

في معنى الاكراه ببيع الملحمة وهو ان يخاف ان ياخذ الظالم ملكه فيواطئ رجلا على اظهار شرائه
منه ولا يريد بيعا حقيقيا ثم قال بل ربما استظهر منه الاجماع عليه اذ لا وجه للاجماع عليه
من عدم ارادة العقد بما ذكره من الفاظه الحق والفرق بينهما واضح لانه بناء على ما ذكره
صاحب الجواهر ره يكون المكره غير قاصد الى المعنى فيكون اللفظ خاليا عن المعنى وعلى ما ذكره
المصنف ره يكون قاصدا الى المعنى ولكن لا يطيب بذلك نفسه فلا يريد وقوعه في الخارج
فيصير نظير الكذب في الاخبار ويظهر اثر ذلك فيما لو رضي المكره بعد ذلك فانه على ما ذكره
المصنف ره يكون بمنزلة الفضولي لانه عقد عقد فاقد لشيء مما يعتبر فيه الا الرضا فاذا لحقه مضى وعلى
ما ذكره صاحب الجواهر ره لا يفيد الرضا بعد ذلك شيئا ضرورة انه لم يقصد معنى اللفظ لم يتحقق
العقد حتى يفيده الرضا اللاحق اشكال ولهذا قال المحقق الثاني ره في ذيل ما افاده العلامة ره
من ان عقد المكره ينفذ لو رضي بعد الاختيار حيث زعم ان معنى الاكراه عبارة عن عدم
القصد الى المعنى ما لفظه واعلم ان هذه المسئلة ان كانت اجماعية فلا بحث والا فللنظر فيها
مجال لانتفاء القصد اصلا ورأسا مع عدم الرضا ولا يتحقق العقد المشروط بالقصد اذا لم يتحقق
الرضا لان الظاهر من كون العقود تابعة للقصود اعتبار القصد المقارن لها دون المتاخر
انتهى ولهذا ايضا قال صاحب الجواهر ره بعد حكم المحقق ره بان عقد المكره ينفذ انه لو رضي بعد
زوال عذره ما نصه لكن لا يخفى عليك بعد التامل فيما قدمناه انه ان لم تكن المسئلة اجماعية
فللنظر فيها مجال كما اعترف به في جامع المقاصد ضرورة عدم اندراجه في العقود بعد فرض
فقدانه القصد العقدي وان حصل صورة اللفظ منه كصدوره من الهازل والمجنون ونحوهما او
قصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت غير مجد كما انه لا يجدي في الصحة تعقب الارادة
للعقد بذلك خصوصا بعدما عرفت من اعتبار مقارنة النية بمعنى القصد للعقد والا لجرى
نحوها للهازل ونحو ما هو معلوم العدم وبذلك افترق عن الفضولي الذي قصد العقد
بما ذكره حتى جعل الرضا فيه كاشفا فيه لا ناقلا كما ستعرفه في استنباط حكم ما نحن فيه من

فحوى الصحة فيه لما ترى الحلي قال فظهر ح ان العمدة في المسئلة الاجماع ان تم لكن قد يناقش في تمامه
باطلاق اشتراط الاختيار من بعضهم على وجه يظهر منه ان اشتراطه كاشتراط البلوغ
والعقل بل ربما ظهر من اطلاق معقد اجماع الخلاف ذلك كالحلي فيما حكي عنه طلاق
المكره وعتقه وسائر العقود التي يكره عليها لا تقع اجماعا منا الى ان قال نعم لو رضي
نفس قصد المكره على اللفظ معنى اللفظ مع عدم الرضا منه وقلنا ان الاكراه
اللفظ لا يخرجه عن صلاحيته للتأثير جرى عليه حكم الفضولي بل وكذا لو لم يكن مكرها
بل كان مختارا ولكن صرح بالقصد الى ما يريد دون الرضا بناء على نفوذ الفضولي كما
ولعل منه ما سمعته من التذكرة من بيع التلجئة ولا ريب في كونه حكم الفضولي
ثم قال رحمه الله فالمتجه بناء البحث على ان الشرط في المكره القاصد للفظ ومدلوله على نحو سائر
افعال العقلاء كالمكره على الاكل والشرب ونحوهما حكمه حكم الفضولي والمكره الذي
قد جرد نفسه عن قصد العقد بالتلفظ به على وجه لم يقصد منه الا اللفظ الصرف
باطل وان تعقبه الرضا بعد ذلك لفوات القصد ولعل اطلاق الاصحاب الصحة في
المكره مبني على غلبة كونه بالمعنى الاول ضرورة عدم منافاة الاكراه لذلك انتهى ومما
ذكرنا تعرف غرابة ما ذكره الشهيد في ح حيث قال بعد اشتراط الاختيار في
المتعاقدين لفظا فعقد المكره باطل الا ان يرضى بعد الاكراه والفرق ان الرضا
كاف فيمن قصد الى اللفظ دون مدلوله فلو اكره حتى ارتفع قصده لم يؤثر الرضا
كالسكران انتهى ومثله ما افاده الشهيد الثاني رحمه الله في الروضة في توجيه صحة عقد
المكره ان رضي به بعد زوال اكراهه بقوله لانه بالغ رشيد قاصد الى اللفظ دون
مدلوله وانما منع عدم الرضا فاذا زال المانع اثر العقد كعقد الفضولي حيث انتفى القصد
اليه من مالكه مع تحقق القصد الى اللفظ في الجملة فلما لحقته اجازة المالك اثر ولا
يعتبر مقارنته للعقد للاصل بخلاف العقد المسلوب بالاصل كعبارة الصبي فلا يجبره

اجازة

اجازة الولي ولا رضاه بعد بلوغه انتهى وفيه ان اللفظ الخالي عن القصد لا يكون عقدا
فكيف جعله مؤثرا مضافا الى ان اللفظ الخالي عن المعنى غير قابل للرضا به ولحوق الاجازة
له غير معقول وموضوعنا انما هو قصد المكره الى اللفظ دون المعنى فيبقى مضافا الى
ما اورده في جامع المقاصد على الاول بعد ذكره لقوله وليس لهذا معنى محصل فان
الاكراه لا يبلغ مرتبة يصير به في اللفظ كالسكران اذ ليس هو من الافعال التي يتحقق بها
المكره على سبيل الالجاء كما لو وجر الطعام في فيه او اخذ بيده فوضع فيها سكينا ثم قبضها
بيده وقطع بالسكين شيئا فانه لا فعل له ح اما الاكراه على اللفظ فلا يكون الا على وجه
واحد والفرق ان الحركات التي يتحقق النطق بها غير مقصودة ح والفرق بينه وبين
السكران ظاهر فانه لا اهلية له اصلا لانتفاء حضور عقله بخلاف المكره فان
اهليته بحالها وانما المانع عدم رضاه انتهى ولكن الانصاف ان هذا الايراد غير متجه
لان تمام قصده الى اللفظ بالاكراه لا ينحصر فيما كان من قبيل ما لو وجر في حلقه الطعام
حتى يكون من قبيل فعل الغير حتى يقال ان مثل ذلك في التلفظ غير متحقق بل قد يقترن
الاكراه بالضرب والايعاد بالمنع من الطعام والشراب والنوم وتلقين اللفظ في مثل تلك الحالة
فيتلفظ بغير قاصد اليه كالسكران ومثل ذلك ليس شيئا منكرا ولا امرا غريبا هذا وقد علم
من جميع ما ذكرنا ان قصد المعنى من اللفظ غير الرضا به وان ما يجوز ان يتأخر عن العقد و
يقترن به انما هو الثاني دون الاول فانه لا بد من مقارنته بالعقد ثم ان من جملة ما يؤيد
ما بنى عليه المصنف رحمه الله من كون مرادهم بالاكراه انتفاء طيب النفس لا عدم قصد المعنى من
اللفظ انهم قيدوا المكره بكونه اكراهه بغير حق وحكموا بصحة عقد من اكره بحق فان
هذا لا يتم مع قصد اللفظ بدون المعنى ضرورة ان لا اثر له بدونه وفي كسبه مضافا الى
الاخبار الواردة في طلاق المكره منها ما رواه زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال سألته عن طلاق
المكره وعتقه فقال ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق فقلت اني رجل تاجر امر بالعشار

ومعي مال فقال غيبه ما استطعت وضعه مواضعه فقلت فان حلفني بالطلاق والعتاق
فقال احلف له ثم اخذ تمرة فحفن بها من زبد كان قدامه فقال ما ابالي حلفت لهم بالطلاق
والعتاق او اكلتها ومنها ما رواه عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله ع قال سمعته يقول ان
رجلا من اصحابنا يقوم ليس له سلطان فقهرهم فجعل يتخوف على نفسه ان يعتقوا او يطلق ففعل
لم يكن عليه شيء ومنها ما رواه يحيى بن عبد الله عن ابي عبد الله ع قال سمعته يقول لا يجوز طلاق
في استكراه ولا تجوز يمين في قطيعة رحم الى ان قال وانما الطلاق ما اريد به الطلاق
من غير استكراه ولا اضرار الحديث فتأمل بل الظاهر من بعض كلمات العلامة ره [illegible] الشافعي
الى ما تحكيه المقدة من الفرج عن التحريد ويحتمل كونه اشارة الى ما استشهد به سبحانه الحق اخره
من عبارة التذكرة المشتملة على حكم بيع التلجئة ولكن الانصاف ان تلك العبارة لا تظهر منها
عدم القصد الى المعنى وذلك لانه ره قال الاختيار شرط في المتعاقدين فلا يصح بيع المكره
ولا شراؤه لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وفي معنى الاكراه بيع التلجئة وهو
ان يخاف الظالم ملكه فيواطئ رجلا على اظهار شرائه منه ولا يريد بيعا حقيقيا ذهب اليه
علماؤنا اجمع وبه قال احمد وابو يوسف ومحمد لانهما لم يقصدا البيع وكانا كالهازلين وقال
ابو حنيفة والشافعي يصح بيع التلجئة لانه تم باركانه وشروطه خاليا عن مقارنة
مفسد فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا بغير شرط ومنع المقدمات شرط وكذا القصد
في البيع اجماعا انتهى وذلك لانه يحتمل ان يكون المراد بقوله ولا يريد بيعا حقيقيا انه
لا يريد وقوع المفهوم في الخارج لعدم طيب نفسه به حتى صار كالكذب في الاخبار و
كذا المراد بقوله لانهما لم يقصدا البيع وتشبيههما بالهازل يقتضي قصدهما الى المعنى
كما في الهازل بل نقول ان الظاهر من العبارة ان بيع المكره ليس خاليا عن القصد لانه
استدل على بطلانه بانتفاء الرضا لا بانتفاء القصد الى مفهوم اللفظ ولانه صرح
باشتراط القصد في ذيل كلامه مستقلا وذلك دليل على المغايرة ولانه ذكر ان ابا حنيفة

والشافعي

والشافعي يصححان بيع التلجئة ولو كان مما لا قصد فيه الى مفهوم اللفظ اصلا لم يكن وجه لحكمهما
بصحته فتأمل وليس مرادهم انه لا يخفى بعد التوجيه فتأمل ومنها انه لا طلاق مع ارادة
الطلاق عطف على طلاق المكره يعني استدل لاقلهم بالاخبار الواردة في انه لا طلاق الا مع ارادة
الطلاق وقد عقد في الوسائل لهذه الاخبار بابا مفردا على باب عدم صحة طلاق المكره
وعنونه بانه يشترط في صحة الطلاق القصد وارادة الطلاق والا بطل فذكر منها رواية زرارة عن ابي جعفر ع
عن ابي عبد الله ع قال لا طلاق الا ما اريد به الطلاق ومنها رواية اليسع قال سمعت ابا
عبد الله ع يقول في حديث ولو ان رجلا طلق على سنة وعلى طهر من غير جماع واشهد ولم ينو
الطلاق لم يكن طلاقه طلاقا فتأمل ومنها ما ورد فيمن طلق مداراة اشارة الى ما رواه
منصور بن يونس قال سألت العبد الصالح ع وهو بالعريض فقلت له جعلت فداك
اني تزوجت امرأة وكانت تحبني فتزوجت عليها ابنة خالي وقد كان لي من المرأة
ولد فرجعت الى بغداد فطلقتها واحدة ثم راجعتها ثم طلقتها الثانية ثم راجعتها
ثم خرجت من عندها اريد سفري هذا حتى اذا كنت بالكوفة اردت النظر الى ابنة خالي
فقالت اختي وخالتي لا تنظر اليها والله ابدا حتى تطلق فلانة فقلت ويحكم والله ما لي
الى طلاقها من سبيل فقال لي هو ما شأنك ليس لك الى طلاقها من سبيل فقلت انه كانت
لي منها ابنة وكانت ببغداد وكانت هذه بالكوفة وخرجت من عندها قبل ذلك
باربع فابوا الا تطليقها ثلاثا ولا والله جعلت فداك ما اردت الله ولا اردت الا ان
اداريهم عن نفسي وقد امتلأ قلبي من ذلك فمكث طويلا مطرقا ثم رفع رأسه وهو
متبسم فقال اما بينك وبين الله فليس بشيء ولكن ان قدموك الى السلطان ابانها منك
وجه الدلالة انه لو لم يقصد مفهوم اللفظ لم يكن وجه لاضطرابه وسؤاله خصوصا
مع دلالة قوله ما اردت الله ولا اردت الا ان اداريهم على ان الغرض من ايقاع
الطلاق كان ذلك فهو قد اوقع الطلاق قاصدا الى مفهومه لكن لغاية مداراتهم

لا لغاية ما جعله الله تعالى طلاقا فولكسى ويكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني رحمه الله من ان
المكره والفضولي قاصدان الى اللفظ دون مدلوله غرضه رحمه الله انه يكفي في كون مرادهم
بالقصد الذي نفوه عن المكره هو القصد الى وقوع اثر العقد ومضمونه ما ذكره الشهيد
الثاني رحمه الله من وصف الفضولي بانه قاصد الى اللفظ دون المعنى ضرورة ان من البين
ان الفضولي لا يذكر اللفظ خاليا عن المعنى ومجردا عنه فتشبيه الفضولي ببيع المكره
في كلامه رحمه الله فيما ذكر يقتضي ان المكره ايضا قاصد الى مفهوم اللفظ فالكلام في مقام
بيان وجه الفرق بين المكره وغيره من جهة صحة عقد الاول بالاجازة اللاحقة دون
الثاني اما الفضولي فالفرق بينهم وبين المكره واضح اذ لا قصد لهم الى العقد ولا اهلية
لهم لفقد شرطه وهو العقل بخلاف المكره فانه عاقل بالغ وليس ثم مانع الا عدم
القصد الى العقد حين ايقاعه وهو مجبور بلحوق الاجازة فيكون كعقد الفضولي
حيث انتفى القصد اليه ممن ملكه الذي يعتبر قصده حين العقد فلما لحقه القصد
بالاجازة صح وتم فلا مانع من الصحة الا تخيل اشتراط مقارنة القصد للعقد ولا
دليل عليه وينبه على عدم اعتباره عقد الفضولي وعموم الامر بالوفاء بالعقد
شامله فلا يقدح فيه اختصاص عقد الفضولي بنص وبهذا يظهر ضعف ما قيل
هنا من انتفاء القصد اصلا ولو سلم عدم الرضا وان الظاهر من كون العقود
بالقصد المقارن لها دون المتأخر ويمكن ان يقال ان القصد من المكره حاصل دون
من سبق لان غير العاقل لا يقصد الى اللفظ ولا الى مدلوله بخلاف المكره فانه باعتبار
كونه عاقلا قاصد الى ما يلفظ به ويفعله بشعوره لكنه بالاكراه غير قاصد الى مدلوله
وذلك كاف في صحته وقبوله للصحة اذا لحقه القصد الى مدلوله باجازته ومثله
القول في عقد الفضولي فانه قاصد الى اللفظ الصادر منه لان المفروض اهليته
وجمعه للشرائط المعتبرة في صحة العقد الا الملك ولا يتحقق منه القصد الى مدلوله عنه

نقل الملك

نقل الملك والتسليط على التصرف وغيرهما من احكام العقد لان ذلك من وظائف
المالك فاذا اجازه المالك وقصد الى ذلك صح هذا كلامه رحمه الله ولا يخفى على من تامل في اطرافه
على ما استشهد به المقرر في غاية البعد كما لا يخفى على من لحظ من الرجوع الى حقائق الامور
ان الرضا بمضمون العقد غير القصد اليه وان ما لا يلزم اقترانه بالعقد انما هو الرضا واما
القصد الى مضمون اللفظ ومفهومه فلا بد من اقترانه به والا لم يتحقق مصداق
العقد وان الرضا انما يؤثر في صحة العقد مع وقوع القصد الى مضمون العقد من العاقد
في حال وقوعه وبعبارة اخرى ان الرضا اللاحق انما يصحح العقد مع تحقق قصد العاقد
المفهوم من اللفظ لا يتحقق عقد حتى يصححه الرضا اللاحق ومن المعلوم ان القصد
الى مفهوم اللفظ فقد صدر من العاقد الفضولي ونفي الرضا من المالك الذي هو
عبارة عن طيب نفسه بوقوع مضمون العقد وترتب الاثر عليه وحيث لم يكن وقوعه
من العاقد المذكور غير مستلزم لرضا المالك به بقي العقد موقوفا عليه فلما لحقه تم
وترتب عليه الاثر فولكسي ثم ذكر في التحرير ولك في فروع المسألة ما يوهم ذلك
التعرض للفروع التي اشار اليها فقد وقع في الكتابين في باب طلاق المكره كما هو
طريقة الفقهاء رحمهم الله من التعرض لتفصيل مسألة الاكراه هناك وعبارته لك موافقة
لعبارة التحرير مع زيادة بينة كما ان ذكره في كلام المقرر فولكسي ثم ان حقيقة
الاكراه لغة وعرفا حمل الغير على ما يكرهه وقد اعتبر المحققون في كتاب الطلاق في تحقق
حقيقته امورا ثلثة احدها كون المكره قادرا على فعل ما توعد به بولاية او تغلب
او نحوهما او زيادة التقييد يكون ذلك مع عجز المأمور عن دفعه بنحو فرار
او مغالبة او استغاثة وثانيها غلبة الظن بانه يفعل ذلك مع امتناع المأمور
وثالثها ان يكون ما توعد به مضرا بالمأمور في نفسه خاصة او من يجري مجرى
نفسه كالاب والولد وعن ابن الفقهاء الفقاهة انه لو توعد بقتل احد من الشعرة

تحقق به الاكراه بل لو توعد بقتل مسلم محقون من اي فرقة كان ممن لا يحكم بكفره وان كان اجنبيا
عما فيه لان ذلك مما لا يساعد عليه معنى الاكراه ولا دليل اخر لان الاكراه يتحقق
بالحمل على مكروه للفاعل بتهديده بما يصعب عليه وقوعه حتى انه لاجل التفصي
عنه يلتجئ الى ما اراده المكره وحمله عليه واين هذا من التهديد بقتل احد الشيعة
او احد المسلمين والى ما ذكرنا اشار في التقييد بالاضرار في نفسه او من يجري
مجرى نفسه نعم لو فرض المكره مثل سلمان او ابي ذر ممن يعز عليه هلاك المسلم بل
يرى ان نفس كل مسلم اعز من نفسه احتمل بعيدا تحقق الاكراه بالنسبة
اليه بالتوعد بقتل مسلم كما لو قيل له اما ان تبيع ثوبك واما ان قتلت مسلما
ومما ذكرنا ظهر سقوط ما حكي عنها ايضا من احتمال تحقق الاكراه بالتوعد بالاتلاف
مال مسلم وقد اجاد الشيخ ره في ط حيث قال فاما ان كان الوعيد بنزول
الضرر بالغير مثل ان يخوف باخذ مال الغير وبضرب الغير فلا يكون اكراها
الا اذا كان ذلك الغير يجري مجراه مثل ولده او والده انتهى ثم لا فرق في الضرر
المتوعد به بين القتل والجرح والشتم والضرب ولكن الاكراه بالاخيرين
يختلف باختلاف منازل المكرهين في احتمال الاهانة وعدمه ورب وجيه
تنقصه الشتمة الواحدة فضلا عن الضربة بخلاف المتبذل وليس كذلك الجرح والقتل
الذي يستوي فيهما جميع الناس من جهة الالم والذي بنى عليه صاحب الجواهر
هو ان الوظيفة في هذا المقام انما هو الرجوع الى العرف واللغة اذ ليس له وضع
شرعي قال ره ولا يخفى عليك ان ايكال الامر الى ما سمعت يعني العرف واللغة
اوضح ورع عدم اعتبار غلبة الظن بالفعل بل يكفي تحقق الخوف كما سمعته في المرسل
فضلا عن العرف بل لا يعتبر فيه عدم التمكن من الفرار من بلاده او التوسل بالغير
او نحو ذلك مما فيه ضرر عليه وبالجملة تحديد مثل ذلك على وجه جامع متعذر

او متعسر

او متعسر فايكال عنوان الحكم في النص والفتوى الى العرف اولى ولا ريب في تحققه
بالتخويف باخذ المال المعتد به او الضرب مع الورع على اختلاف القولين وان تركه
المص ره انتهى وهو جيد متين في اساس الذي يظهر من النصوص والفتاوى عدم
اعتبار العجز عن التورية لان حمل عموم الاكراه وخصوص النصوص الواردة في طلاق
المكره وعتقه ومعاقد الاجماع والشهرات المدعاة في حكم المكره على صورة العجز عن
التورية لجهل او دهشة بعيد جدا بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد
كما لا يخفى على من اجمعها قال في الجواهر ولا يعتبر عندنا في الحكم ببطلان طلاق
المكره عدم التمكن من التورية بان ينوي غير زوجته او طلاقها من الوثاق
او يعلقه في نفسه بشرط ونحو ذلك وان كان يحسنها ولم تحصل له الدهشة
عنها فضلا عن الجاهل او المدهوش عنها لصدق الاكراه خلافا للبعض العامة
فاوجبها للقادر انتهى وفي كشف اللثام ولو ترك التورية بان يقصد بقوله
انت طالق اي من وثاق او يعلقه بشرط في نفسه او بالمشية او يقصد به الاخبار مع
علمه بالتورية واعترافه بانه لم يدهش بالاكراه لترك له التورية لم يقع لتحقق
الاكراه وانتفاء القصد الى الطلاق انتهى واما ما ذكره من انه اذا اكره فاعله
عند العشار يلزمه التورية فان ذلك من جهة التخلص من الكذب وليس هنا
كذب فافهم ثم انما افاده من بعد حمل النصوص وغيرها على صورة العجز عن التورية
مما لا ريب فيه واما ما افاده من ان حمل بعض النصوص على صورة العجز عن
التورية غير صحيح من جهة المورد فانه لم يظهر لنا وجهه من الاخبار التي عثرنا عليها
في باب طلاق المكره وعتقه فالاخبار الواردة في طلاق المكره رواية زرارة في
رواية عبد الله بن سنان ورواية يحيى بن عبد الله التي تقدم ذكرها في
ذيل قوله المصدرة مضافا الى الاخبار الواردة في طلاق المكره وما رواه اسمعيل الجعفي

في حديث انه قال لابي جعفر عليه السلام امرّ بالعشار فيحلفني بالطلاق والعتاق قال احلف
له ورواية السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام قال كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه
او الصبي او مبرسم او مجنون او مكره وقد سمعت رواية يونس فيمن طلق مداراة
باهله واما ما ورد في عتق المكره فالذي عثرنا عليه منها ثلث روايات رواية زرارة
السالفة ورواية اخرى عنه عن ابي جعفر عليه السلام قال سألته عن عتق المكره فقال
ليس عتقه بعتق ورواية اخرى مطابقة لها بحسب المعنى وهذه الاخبار بين
ما ليس موردها وبين ما موردها لا يأبى عن حمل الخبر على صورة العجز عن التورية
ولو من جهة جهل المكره بالفتح بها حكما او من جهة عدم الالتفات اليها موضوعا
ومن المعلوم غلبة الجهل بالتورية بين الناس موضوعا وحكما بل لا يعلم بها
الا الخواص ومن المعلوم ايضا بالضرورة تحقق العجز عن التورية بالجهل بها
بل العجز اعظم من ذلك نعم قد عرفت بعد حمل الاخبار المذكورة على صورة
العجز عنها فتامل وربما يستظهر من بعض الاخبار عدم اعتبار العجز
عن التفصي بوجه آخر غير التورية ايضا في صدق الاكراه مثل رواية ابن سنان
عن ابي عبد الله عليه السلام قال لا يمين في قطيعة رحم آه الظاهر ان منشاء الاستظهار
هو قوله عليه السلام في ذيل الحديث ويكون الاكراه من الزوجة والام والاب نظرا الى ان
التفصي من هؤلاء بغير التورية امر ممكن من جهة الواقعة او انتفاء كمال السلطنة
فتامل وما ذكرناه وان كان رجحانا في التورية الا ان الشارع رخص في ترك
التورية بعد عدم امكان التفصي بوجه آخر فيؤول الكلام الى ان جعل حكم الاكراه
مع القدرة على التورية وعدم القدرة على غيرها من وجوه التفصي تعبدي
ومعلوم انه على هذا التقدير يكون الفرق بين امكان التفصي بالتورية
وامكانه بغيرها بحسب الحكم ولهذا قال بعد انتهاء ذيل الكلام ان الاولى ان يفرق

بين

بين امكان التفصي بالتورية وامكانه بغيرها بتحقق الموضوع يعني موضوع الاكراه في الاول
دون الثاني فتامل وهذا المعنى يصدق مع امكان التورية ولا يصدق مع التمكن
من التفصي بغيرها المناسب للفقرات والاجزاء اللاحقة في العبارة هو ان يكون
هذا المعنى عبارة عن الاكراه المعتبر فيه انه مع اعتقاده لو تخلف عما امره وامتناعه
يترتب عليه المتوعد به فانه الذي يصدق مع امكان التورية ولا يصدق مع التفصي
بغيرها ويناسبه سائر ما ذكره في ذيل الكلام فتامل ثم ان ما ذكرنا من اعتبار العجز
عن التفصي انما هو في الاكراه المسوغ للمحرمات ومناطه توقف دفع ضرر المكره على ارتكاب
المكره عليه واما الاكراه الرافع لاثر المعاملات فالظاهر ان المناط فيه عدم طيب
النفس بالمعاملة آه اراد بهذا الكلام التفرقة بين الاكراه المسوغ للمحرمات كشرب الخمر
وافطار الصوم والولاية من قبل الجائر وغير ذلك وبين الاكراه الموجب لفساد
المعاملة بانه يعتبر في الاول العجز عن التفصي ويكفي ما دون ذلك في الثاني من
جهة ان المناط في صحة المعاملة انما هو طيب النفس فكلما اوجب ارتفاعه وجب
فساد المعاملة من جهة انتفاء شرطها واما حدود الله فلا مسوغ للتعدي
عنها الا عند الاضطرار وسبقه الى هذه التفرقة صاحب المقابس قده وهذه هي الحق
الذي لا محيص عنه وان كان مخالفا لما يظهر من كلمات الشيخ قده في كتاب الطلاق حيث
قال واما بيان الاكراه فجملته ان الاكراه يفتقر الى ثلثة شرائط احدها
ان يكون المكره قاهرا غالبا مقتدرا على المكره مثل سلطان او لص او متغلب
الثاني ان يغلب على ظن المكره انه ان امتنع من المراد منه وقع به ما هو متوعد
به والثالث ان يكون الوعيد بما يستضر به في خاصة نفسه فان ظاهر الشرط
الاول كون المكره عاجزا عن التفصي وذكره في تفسير الاكراه الملحق انتفاؤه في
صحة الطلاق يعطي ان المناط في الاكراه على الطلاق ذلك ولا فرق بينه وبين العقود وسائر

الايقاعات فتأمل قوله قدس سره وقد ينعكس الحكم كما لو قال بع مالي او طلق زوجتي والا قتلتك والاقوى هنا الصحة لان العقد هنا من حيث انه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المالك المكره اذا كان عاقلا والرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض فهذا اولى من المالك المكره على العقد اذا رضي لاحقا محصل العبارة هو انه ان كان المالك راضيا وكذا الطرف الاخر فيما يحتاج اليه بان كان الواقع شيئا من العقود وكان الوكيل غير راض بل كان مكرها على ايقاع الصيغة سواء كان اكراهه من المالك او من الطرف الاخر او من اجنبي فالاقوى عند المصنف ره صحة العقد ابتداء من دون حاجة الى تعقيب رضا المكره اذ لا مانع من صحة العقد سوى الاكراه على ايقاعه والاكراه انما يرفع حكما ثابتا على المكره لولا الاكراه ولا اثر للعقد هنا بالنسبة الى المتكلم به لولا الاكراه واستوجه صاحب الجواهر ره البطلان من راس بعد ذكره احتمال الصحة قال ره ولو كان الاكراه من المالك للاجنبي على نفس الصيغة احتمل الصحة من غير حاجة الى تعقب رضاه بل اقتضاء الالزام بالاجرة والوجه البطلان لوقوع ما اكره وحينئذ رفع قابليتها للتاثير والا لتبع حكمها بل الظاهر عدم العبرة برضاه بعد ذلك وان قلنا بالاكتفاء به في المكره على بيع ماله ضرورة وقوع الصيغة فاسدة فلا يجديه الرضا المتعقب وكذا لو كان المكره عبد المالك وبذلك يفرق بينه وبين الفضولي الذي لم يكره احد على ايقاع الصيغة فتامل جيدا فانه ربما ظهر من بعض مشايخنا اتحاد حكم المكره من غير فرق بين الفضولي وغيره والله اعلم انتهى ويظهر ما فيه مما تقدم وقد تعرض لدليله ورده المصنف ره في الكتاب وتوقف في صحته الشهيد الثاني ره في ذلك وحكي عن شرح القواعد ان مقتضاه انه لو كان الاكراه من المالك للاجنبي على نفس الصيغة لم ينفذ حتى يرضى بعد الاختيار

من العاقد

من العاقد ثم ان الحاكي اورد عليه بانه لا مدخل لاختيار العاقد المكره على ايقاع مجرد اللفظ مع وجود رضا المالك وانه لا وجه لتعميم الاكراه بالنسبة الى الوكيل لانه خارج عن عنوانا ثم لما يشهد بذلك ملاحظة عبارة القواعد وغيرها فما ذكره ره من ان رضا المكره يوجب صحة العقد الذي اوقعه في حال اكراهه ناظر الى غير الوكيل فلا يجري فيه ما ذكره ره اصلا وح فالوجه ما اختاره المصنف ره من الحكم بالصحة من اول الامر او ما اختاره صاحب الجواهر ره من الحكم بالبطلان من راس او ما صار اليه الشهيد الثاني ره من التوقف هنا وعندي ان عبارة شرح القواعد غير مسوقة لبيان حال مثل الوكيل الذي فرضه وهو الوكيل في مجرد ايقاع الصيغة ولا يستفاد منها حكمه وانما هي ناظرة الى بيان حكم الوكيل في التصرف الذي من جملته ايقاع الصيغة قوله قدس سره نعم ربما يستشكل هنا في الحكم المذكور بان القصد الى المعنى ولو على وجه الاكراه شرط في الاعتناء بعبارة العقد ولا يعرف الا من قبل العاقد فاذا كان مختارا امكن احرازه باصالة القصد في افعال العقلاء الاختيارية دون المكره عليها الى ان قال الا ان الكلام بعد احراز القصد وعدم تكلم العاقد لاعبا او موريا ولو كان مكرها مع انه يمكن اجراء اصالة القصد هنا ايضا فتامل قد عرفت ان الاكراه يقع على وجهين احدهما ان لا يقصد المكره الى المعنى اصلا كما قد يتفق ذلك قطعا في مقام الخوف من المكره والغفلة ونحوهما وهذا هو الذي لا يفيده الرضا اللاحق اثر الصحة وثانيهما ان يقصد الى المعنى لكن لا يطيب بذلك نفسه وهذا هو الذي يفيده الرضا اللاحق الاتصاف بالصحة فان علم صدور العقد من المكره بشيء من الوجهين لم يكن اشكال في ترتب حكمه عليه وانما يقع الاشكال فيما لو وقع منه عقد على وجه الاكراه ثم انه رضي به وامضاه في حال الاختيار ولم نعلم انه قصد المعنى حتى يكسوه الرضا اللاحق لباس الصحة ام لم يقصد المعنى حتى لا يصير قابلا

يكفي

لتأثير الرضا المتحقق وحله الاشكال فيما لو وقع منه العقد مكرها وعلمنا انه قصد منه معنى
لم نعلم انه اراد منه معنى مجازيا على سبيل التورية وخلاف الظاهر ام اراد المعنى الحقيقي
الذي هو الظاهر من اللفظ ويرتفع هذا الاشكال بالبناء على الظاهر بحكم اصالة
الحقيقة المتفق عليها في تشخيص المراد من اللفظ بعد تميز المعنى الحقيقي من
المجازي ويبقى الاشكال الاول وهو ما لو لم نعلم منه اصل قصد المعنى ووقع
الشك فنقول قد جعل بعض المعاصرين حمل الكلام على كونه صادرا عن قصد على نحو
كلام المختار واستند في ذلك الى حمل فعله على الصحة واستخبره بما فيه لانه ان اراد
بذلك قاعدة حمل فعل المسلم على الصحيح المستفادة من مثل قوله ضع امر اخيك
على احسنه فلا يخفى سقوطه لان تلك القاعدة مختصة بالمسلم فلا تجري اذا
كان العاقد المكره كافرا وان اراد بذلك قاعدة الصحة المعمول بها في العقود حيث
قالوا انه اذا اتفق المتعاقدان على وقوع واختلفا في وقوعه على وجه الصحة
او الفساد قدم قول مدعي الصحة فسقوطه ايضا واضح لان مدرك تلك القاعدة انما
هو الاجماع ومورده انما هي العقود المذكورة ولا اساس له بما نحن فيه ولعله
لذلك لم يستند المصنف الى اصالة الصحة بل جعل وجه الصحة هو اصالة القصد
ولكنه اشار الى المناقشة في التمسك بها من جهة ان اصالة القصد انما تعتبر في
الافعال الاختيارية الصادرة من العقلاء وما نحن فيه خارج عن العنوان
لكون الفعل جبرا فذكره عليه ثم استدرك ذلك بانه يقال ان الكلام انما هو
بعد احراز القصد وعدم تكلم العاقد لاغيا او موريا ولكن لا يخفى عليك بطلان
هذا المقال لعدم انحصار الكلام فيما بعد احراز القصد بل الكلام انما هو فيما
لو لم يعلم صدور الكلام عن قصد او عدمه وسياق كلام المقرر يعطي انه لم يصدر
منه القصد عن نفسه به ثم انه ره ذكر وجها اخر وهو انه يكفي اجراء اصالة القصد هنا

ايض

ايضا بان يقال ان مورد اصالة القصد في افعال العقلاء لا يختص بالافعال الاختيارية
فتجري في افعال المكره ايضا اذا شك في تحقق القصد اليها وعدمه واورد عليه
بعض من تأخر بان مدرك اعتبار اعتبار اصالة القصد انما هو الاجماع وبناء العقلاء
وهما انما قاما باعتبار الاصل المذكور في افعال العاقل المختار دون افعال المكره اذا
شك في صدورها عن قصد فلا دليل على اعتباره في افعاله قلت لعل المصنف قد اشار
الى هذا الوجه بالامر بالتامل في ذيل الكلام ثم ان ذلك البعض ادعى ان اطلاق
كلام الاصحاب صحة العقد الذي وقع من المكره بالرضا به بعد ذلك يعطي صحة
عقد المكره الذي لم يعلم حاله من جهة صدوره بمجرد اللفظ او صدوره فاصلا
الى مدلول الكلام وان كان لم يطب نفسه بذلك ويرد عليه ان المكره لا يخرج في
الواقع عن احد الوصفين القصد الى مدلول اللفظ وعدم القصد اليه اصلا ومجهول
الحال عندنا لا يخرج حاله في الواقع عن احد الوجهين ومن المعلوم كما قررنا ان
عقد قاصد المعنى قابل للصحة بتعقب الرضا وان عقد من لم يقصد المعنى غير قابل
للصحة بتعقب الرضا فكيف يصح التمسك باطلاق عباراتهم ونقل الحكم بصحة العقد
عند تعقب الرضا قرينة على كون مرادهم بالعقد الواقع من المكره ما هو قابل
لذلك ومجهول الحال المندرج في احد القسمين في الواقع غير قابل للحكم عليه
مطلقا بالصحة عند تعقب الرضا لاحتمال كونه في الواقع من ذلك القسم الاخير الغير
القابل للاتصاف بالصحة كيف لا ولو كان الامر كما ذكره ذلك البعض فلم لا نقول
بشمول اطلاق كلامهم لصورة العلم بالخلو عن قصد المعنى ايضا فلا ينبغي الا ان
يكون المراد بعقد المكره المحكوم عليه بالصحة عند تعقب الرضا هو العقد المقصود به مفهوم
مضمون اللفظ دون ما لم يقصد به المعنى ويبقى المردد بين الامرين موقوفا على قيام نظاره
معتبرة يتبع مؤداها في الحكم بكونه من احد القسمين بخصوصه فان حصلت فذاك

والا كان اللازم التوقف والرجوع الى الاصول في مقام العمل كاصالة عدم انتقال المال من
المالك عن مالكه الى الاخر ويمكن دفعه بان رضا المكره لما كان يقع على وجهين صحيح يترتب ٢ لكن ص
عليه الاثر وفاسد لا يترتب عليه الاثر والاول ما كان مسبوقا بالقصد الى مدلول اللفظ و
الثاني ما لم يكن مسبوقا به وانما كان مسبوقا بمجرد ذكر اللفظ فاذا قال المكره بعد
زوال اكراهه رضيت بالبيع او بمضمون العقد الذي اوقعته في حال الاكراه
او قال رضيت بان يصير المال الذي كنت مكرها على بيعه لزيد مثلا او نحو ذلك
فمقتضى القاعدة حمله على الصحيح كما انه لو قال بعت ونحوه من الفاظ العقود او الاقرار
بما الزم الحمل على الصحيح ومقتضى حمله على الصحيح هو ان يصير مسبوقا بما هو شرطه
الذي هو القصد الى مدلول لفظ الصيغة في حال ايقاعها فحمل الرضا الصادر
منه في حال الاختيار على الصحيح يكفي في اثبات كونه في حال الاكراه قاصدا الى معنى اللفظ و
الا وقع منه الرضا لغوا لا يترتب عليه اثر بل يخالف المشروع من حيث انه يريد باظهاره للرضا
ترتيب الاثر عليه وهو انتقال المال منه الى غيره وارادة ذلك من دون تحقق السبب الشرعي للنقل
مخالفة للمشروع وعلى هذا فيحكم ان المكره يصح عقده بلحوق الرضا منه وان كان في قرينة على
خروج ما علم انه لم يقصد فيه المعنى من جهة عدم قابليته للحوق الرضا وعدم اهلية اللفظ
المجرد للتاثير وافادة النقل ولو بعد الرضا لكن يبقى تحت اطلاقه ما كان قابلا للصحة
بواسطة لحوق الرضا فيشمل القسمين اللذين هما ما علم قصد المكره الى مدلوله وما لم يعلم
لكنه احتمل قصده باصالة صحة رضائه او فعله التي لا تحصل الا بمسبوقيته بالقصد ثم انه قد
يعترض على ما ذكر من وجه الدفع على ما افاده المحقق الثاني قده من بناء الحكم على الاجماع
وقوله انه ان لم تكن المسئلة اجماعية فللنظر فيها مجال وعلى ما ذكره صاحب الجواهر رحمه
من موافقته ره في اول كلامه من جهة ان ذلك مبني على فهمهما من كلمات الاصحاب كونها ناظرة
الى قصد المكره للفظ دون المعنى وعلى المقرر من حيث انه خص كلمات الاصحاب بالدلالة

على

على كون المكره قد علم قصده لمدلول اللفظ بهذا ولكن الانصاف ان غاية ما يحصل من هذا البيان
انما هو مجرد صلاحية عباراتهم للانطباق على ما ذكره والشمول للقسمين والاعم لا
يدل على تعيين المدعى وذلك لان كلماتهم كما تحتمل ما ذكره تحتمل ما ذكره المقرر ره بان يكون
كلامهم مسوقا لبيان المسبوق بالقصد الى مدلول اللفظ لانه الذي يقبل الصحة في الواقع
وبحسب حقيقته وان مجهول الحال غير قابل بالفعل الا ان اصالة صحة الرضا اللاحق
تفيد صحته بحسب الظاهر فيحتمل ان يكون كلامهم مسوقا لبيان ما هو اهل للصحة بحسب
الاصل غاية ما في الباب ان اصالة الصحة تحرز الاهلية عند الشك فيها ويكون
بيان حال المشكوك فيه اهملوه في كلماتهم اعتمادا على الاصل بل لقائل ان يقول ان كلماتهم
ظاهرة في بيان حكم ما هو اهل للصحة بالذات فتامل ثم انه قد وقع لبعض المعاصرين
في هذا المقام كلام يعجبني ذكره قال لو لم يعلم قصد المكره ففي حمل كلامه على المقصود
ظاهرهم على نحو كلام المختار وجهان اقربهما ان للاحمال لفعله على الصحة ولقوى على ظاهره
واصالة حقيقته ولاصالة القصد في افعال العقلاء وان كانوا مكرهين كما افضل
ودعوى ان الاكراه ولو محقق قرينة صارفة عن ذلك كما يحمل ممنوع ولعل اطلاق
الاصحاب الصحة فعلا او بعد زوال العذر والرضا به مبني على ذلك اذ صورة
العلم بعدم القصد لم نجد ولو مع التوجه في غاية الندرة فلم يلتفتوا اليها ولعل
ذلك اولى من تنزيل كلامهم على صورة احراز القصد وعدم تكلم العاقل لاغيا
او موريا فتامل جيدا انتهى قلت قد عرفت ما في بعض ما اشتمل عليه سابقا
ونقول هنا لا يخفى عليك ما في بعضه الاخر وهو الاعتذار عن عدم تعرضهم
لصورة العلم بعدم القصد لم نجد بانها في غاية الندرة فلم يلتفتوا اليها
ذلك لان كون الفرض نادر الوقوع يقع على قسمين احدهما ان يكون الجهة قد جعل بعضها ٢ في ص
شايع الوقوع وبعضها نادر الوقوع فيترك الثاني لندرته وثانيهما ان يكون

كما ذكروه وحكموا عليه بحكم باعتبار بعض افراده دون بعض في الاعتذار بترك البعض لمدرك
ووقوعه انما يجري في الاول دون الثاني وما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول فلا يجري فيه
الاعتذار خصوصا مع كون الفرد الذي ادعى ندرته كذلك لندرته وقوعه من قبيل ما بادر
المذكور في الانسياق من اللفظ ضرورة ان من علم عدم قصده للمعنى ومن علم قصده ومن
لم يعلم منه شيء منهما في الانسياق من لفظ المكره على حد سواء غاية ما في الباب ان العلم بعدم
قصد المعنى نادر الوقوع في الخارج فلا يصير ندرته وقوعه الخارجي حجة عذرا
في ترك البيان الا ان عبارتهم تصير مما يفيد خلاف المقصود وهذا مما لا يعذر
فيه صاحبها بل نقول ان العلم بعدم قصد المعنى ان كان نادرا فليس ندرته الا من
جهة ندرة العلم بالضمائر وهذه الجهة موجودة في العلم بقصد المعنى ايضا فيكونان
على حد سواء في الاعتذار بندرة احدهما دون الاخر ومن عجائب الامور انهم
لو اكرهه على بيع واحد غير معين من عبديه فباعهما او باع نصف احدهما
في المذكورة اشكال لا يخفى ان الاكراه عنوان قد حكم بعدم صحة عقد من تعلق
به ويقع الحال فيه على وجوه لانه قد يعلم تحقق العنوان فيحكم بالبطلان وقد يعلم
تحققه فيحكم بالصحة وقد يقع الشك في تحققه او الظن به او بعدمه وينشأ من
ذلك فروع كثيرة منها ما تعرض له المقررة وقد تعرضوا للحل منها بالبحث عنه
على ما يقتضيه المورد لكن الاولى والاهم تنقيح قاعدة كلية يرجع اليها عند الشك
في تحقق الاكراه من الصحة او البطلان وقد اشار اليها صاحب الجواهر بقوله لكن
لا يخفى عليك ان لفظ المكره كغيره من الالفاظ يراد بها المحمول على المكره حسبما
واقعا لكن الشأن في تحققه بظاهر الحال المستفاد من تعقيب الفعل للتهديد فلو
فرض حصول ما يرفع الظهور المزبور منه حكم بصحة الطلاق للعمومات بناء على ان
الاكراه مانع ولم يتحقق او حصول ما يظهر منه الاختيار بناء على انه الشرط فيكفي

في الحكم

في الحكم تحققه ظهورا وعلى كل حال فقد ذكروا ان من ذلك ما اذا خالف المكره وان
بعض ما حمله عليه فان مخالفته له تشعر بالاختيار فيرفع ظهور الكراهة ثم ذكر جملة من
الصور والفروع ثم قال وكان الاولى تحرير الاصل المزبور والاكتفاء به عن هذه
الفروع محل للنظر حتى فيما نفوا الشبهة من عدم الاكراه فيه فانه قد يكون وقوعه
بالاكراه والتحقيق في الاصل المزبور الحكم بالصحة مع الشك في تحقق الاكراه وللظالم
البينة على مدعيه انتهى وقد علم من كلامه ره لزوم الحكم بالصحة عند الظن بانتفاء
الاكراه بطريق اولى دون ما لو كان انتفاؤه موهوما لان ذلك عبارة اخرى
٢ علام عن ظهور تحقق الاكراه لكن يتجه هنا امران احدهما ان لا دليل على الزوم به
تحققه بظاهر الحال فنطالبه بالدليل عليه وثانيهما انه مع تسليم كون الاكراه
ما نعا لا مجال للتمسك بالعمومات الواردة في الطلاق او غيره لان الشبهة مصداقيته
فليست قابلة لان يتمسك فيها بالعمومات فليس المرجع الا الاصول وانما قلنا ان
الاولى والاهم تنقيح قاعدة يرجع اليها عند الشك لان الشك في تحقق الاكراه في
الفروع المذكورة ان لوحظ بالقياس الى المكره نفسه فلا وجه له لانه اعرف
بقصده وبداعيه الذي صدر عنه فلا حاجة الى الاطناب فيما هو اعرف به من غيره
وان لوحظ بالقياس الى الحاكم عند اختلاف المتعاقدين في وقوع العقد عن
اكراه وعدمه فالمرجع هناك لا بد وان يكون هو الاصل الذي هو في المقام
عبارة عن قاعدة الصحة عند اختلاف المتعاقدين في وقوع العقد صحيحا او فاسدا
بعد تسالمهما على اصل وقوعه فيطالب مدعي الاكراه بالبينة مضافا الى موافقة
قول مدعي الصحة للاصل من جهة اخرى وهي ان الاصل صدور الفعل عن قصد
حيث شك في وقوعه عن قصد او عن اكراه وان لوحظ بالقياس الى من يريد الشراء
منه او غيره من المعاملات فانه يرجع الشك في شيء من الفروع التي ذكروها الى الشك في الاكراه

الاكراه

وما وضع له لفظه لان اللازم هو الرجوع الى العرف واللغة وان لم يرجع الى معنى
كما هو الظاهر من تعليلاتهم التي ذكروها للفروع حيث انها تنبئ عن طريق النوع جل
الى مقصود من تحمل في حقه الاكراه والعلم بالداعي الذي صدر منه الفعل بسببه
مثل ما قيل فيمن اكره على ثلث طلقات فاوقع واحدة من انه بالمخالفة المزبورة تظهر
منه الاختيار وكذا التعليلات التي ذكرها المصرّة لما ذكره من الفروع كان
الاستناد الى الوجوه والتعليلات المذكورة استنادا الى الامارات واسباب الظن
التي هي من قبيل غير الظهورات اللفظية ولا دليل على اعتبارها والحكم بمقتضاها
فلا بد من الرجوع الى الاصل ومقتضاه فيما نحن فيه هو الصحة قوى كسى لكن
في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الامارات نظر يعني انه لو ادعى البائع الاكراه
عند الحاكم فان وجدت امارة على صدقه فسمع دعواه وقبلت منه للزوم اتباع
الامارة وان لم يكن هناك امارة تدل على صدقه ففي سماع دعواه نظر من
انتفاء ما يدل على صدقه ومن انه اعرف بما في ضميره من غيره فيكون من دعوى
ما لا يعلم الا من قبله بهذا وقد عرفت انه لا دليل على اعتبار الظهورات الغير اللفظية
الحاصلة من الامارات نعم يثمر ذلك في صيرورته من عاضد قوله منكرا يطالب
خصمه بالبينة بناء على جعل معيار التميز بين المدعي والمنكر هو موافقة قوله
الظاهر وعدمها قوى كسى وعن بعض الاجلة انه لو علم انه لا يلزم الا اللفظ
اه الظاهر انه كشف اللثام قال بعد كلام قول العلامة في التحرير ولو اكره
على الطلاق فطلق ناويا له فالاقرب انه غير مكره اذ لا اكراه على القصد يعني انه ظن
انه يلزمه الطلاق لا بمجرد لفظه بالاجبار وان كان لا يريده اما لو علم انه لا يلزم
الا اللفظ وله تجريده عن القصد فلا شبهة في عدم الاكراه انتهى قوى كسى
ثم ان بعض المعاصرين ذكر الفرع عن ذلك وبناه على ان المكره لا قصد له اصلا

اراد به

اراد بصاحب الجواهر ره فانه قال ولو قصد المكره ايقاع الطلاق ففي ذلك وجهان
في وقوعه وجها من ان الاكراه اسقط اثر اللفظ ومجرد النية لا تعمل ومن حصول
اللفظ والقصد وهذا هو الاصح ثم قال ره قلت مرجع ذلك الى ان الاكراه في
الظاهر دون الواقع وقد تكرر من العامة والخاصة خصوصا الشهيد الثاني ره
في ك والروضة في المقام وفي البيع ان المكره حال اكراهه لا قصد له للمدلول وانما
هو قاصد للفظ خاصة وفيه منع واضح ضرورة تحقق الانشاء والقصد ولذا
ترتب عليه الاثر مع الاكراه بحق ومع تعقب الاجازة بالعقد بل ظاهر قوله تعالى انما
الطلاق لمن اراد به الطلاق من غير استكراه آه تحقق الارادة من المكره بل لعل عدم
القصد للمدلول في المكره من التورية التي لم نوجبها عليه وح فالمكره قاصد على نحو
غيره الا انه قصد اكراه لا قصد اختيار وان شئت عبرت عن ذلك بالرضا وعدمه
ومن هنا ظهر لك ما في عنوان الوجهين السابقين المبني على كون المكره غير قاصد
وعليه لان المحكي في الجامع ادراجه في الشرط الرابع الا ان يجعل شرطا مستقلا نعم قد يقال — عن بعض الفضلة
ان الهازل لم يقصد اللفظ دون المعنى فلا انشاء حينئذ وبه يتضح الفرق بينهما او يقال
انه قاصد ايضا الا انه قصد هزلي لا اثر له في الشرع للادلة الخاصة ولو تعقبه
الرضا بل قد عرفت اشتمالها على بطلان طلاق الغضبان وان كنت لم اعرف من
افتى به الا مع ذهاب العقل به او القصد انتهى ثم لا يخفى عليك ان عبارة التحرير
ما لا يخفى على احد لانه محتمل لوجهين احدهما ان يكون المراد بقوله فطلق ناويا انه
طلق قاصدا الى مضمون الصيغة وهو الطلاق ويكون هذا الفرع مبنيا على زعمه
ان المكره انما يقصد اللفظ دون المعنى لكن زعم جماعة وعلى هذا فاذا قصد المعنى خرج عن كونه
مكرها وصار مختارا وهذا التفسير مع الحال ملائم لقولنا ناويا من جهة ان النية عبارة
عن القصد يؤيده قوله ره في القواعد بعد اشتراط القصد فلا يقع طلاق الساهي و

الغافل والغالط وتارك النية انتهى وذلك لانه ذكر ترك النية ومقابلة القصد ولا نزاع هم
انه اذا كان المكره غير قاصد يكون اشتراط الاختيار مغنيا عن اشتراط القصد
قد جمع بينهما في الاشتراط فقهائنا ومنهم العلامة ره لان عقد المختار وغيره من
افعاله يقع عن قصد وعن غير قصد والمتصف بالصحة انما هو الاول ولا تجرد
الاختيار لا يغني لان مجرد القصد لا يغني اذ يمكن تحقق القصد مع الاكراه كما في
المكره الذي غلبت عليه الدهشة وفي الجاهل الذي ذكره المصنف ره فالنسبة بين
القصد والاختيار عموم من وجه وزعم خلو عبارة المكره عن قصد المعنى وان
لم يقع صح يخالف كلام العلامة ره الا انه وقع في كلام الشهيد الثاني ره وقد عرفت
انه ذكر في هذا الفرع وجهين من ان الاكراه اسقط اثر اللفظ ومجرد النية لا تعمل
ومن حصول اللفظ والقصد ثانيهما ما صرح باختياره بعض من تاخر وهو الذي
افاده كلام صاحب المقابيس ره من ان مراد العلامة ره هو ان المامور بالطلاق
لم يكن راضيا به ولكن المكره لما اكرهه وكان يحصل التفصي عن شره وعن وقوع
ما توعد به بمجرد ايقاع اللفظ اذا لم يكن القصد مما يقبل وقوع الاكراه عليه لكونه
امرا باطنيا يتبع الدواعي الباطنية تحقيق قصد المعنى خرج عن كونه مكرها في ذلك
القصد ووقع عن اختياره لانه حيث لم يكن مما يحيط به علم المكره ولا يتيسر له
الاكراه لم يكن وقوعه مستندا الى فعله الذي هو الاكراه وهذا المعنى معتبر
في صدق الاكراه قطعا قال ذلك البعض ان هذا هو الذي ليس بد من الحمل
ولا بد من المصير اليه فيصح للعلامة ره الافتاء بكونه اقرب وللشهيد الثاني ره
التردد فيه لما عرفت من وجهي الطرفين اعني اسقاط الاكراه اثر اللفظ وكون
مجرد النية لا تعمل وحصول اللفظ والقصد ثم انه علق على هذا التوجيه معللا
بانه يستلزم القول بوجوب التورية ولم يقل به احد من اصحابنا فوكل هنا

التوجيه

القصد
التوجيه لا يستلزم وجوب التورية لحصول ما يستلزم وجوب عدم
الى ايقاع الطلاق مثلا وهذا مما يندرج تحته فردان احدهما التورية والاخر عدم
القصد الى المدلول اصلا غاية ما في الباب ان اتفاق اصحابنا على عدم وجوب التورية
يصير قرينة على ان مراده ره هو انه يلزم ان لا يقصد المكره لفظ معناه فان قصد
المعنى خرج عن كونه مكرها بل لا ولكن ان يقال انه في تقريبه ان وظيفة المكره انما
هي التفصي عما توعد به المكره وهو يحصل بايجاد اللفظ بدون المعنى فمع التخطي عنه
الى قصد المعنى يكون تخطيه مستندا اليه فيكون مختارا ولا يكون مستندا
الى المكره حتى يكون مكرها هنا ولكن هذا التوجيه ينافي ما ذكره من ان
المكره اذا رضي بعينه واكراهه صح ما اوقعه من العقد نظرا الى ما تقدم من
ان الرضا المتاخر اللاحق لا اثر له اذا تعقب اللفظ الخالي عن المعنى ثم انه ان
المراد بقوله طلق ناويا هو انه نوى وقوع الطلاق في الخارج وترتب الاثر عليه
فيه ولا يتوهم انه لا وجه حينئذ لتعبير العلامة ره بقوله فالاقرب وقوع الطلاق في الذهن
وقوع الطلاق حينئذ كما لا وجه لتردد الشهيد الثاني ره وحكايته سقوط الطلاق قولا
لانه فاعم بالتامل فيما افاده الشهيد الثاني ره في مستند الوجهين لانه بين انه
جعل وجه البطلان ان الاكراه اسقط اثر اللفظ ومجرد النية لا تعمل فان المانع
على تقريره انما يجيء من وقوع اللفظ مكرها نظرا الى ان الاكراه يسلب اللفظ اثره
فلا يكون تاثير رضا الباطني عند وقوع لفظه في حال الاكراه من البديهي العلم
فافهم فان ما افاده الشهيد الثاني ره بيان لما افاده العلامة ره وبان مراده مثله
ينبغي ان يعلل من مثله في كل معناه والحكم في الصورتين لا يخلو عن اشكال
اراد بالصورتين ما لو كان الداعي هو الاكراه ولكن مع كون الضرر عائدا الى المكره
بالكسر فيناب المكره بالفتح دفعه عنه وما لو كان الداعي شفقة دينية على المكره بالكسر

ثم المشهور بين المتأخرين انه لو رضي المكره بما فعله صح العقد بل المشهور كذلك مطلقا
في كثير من العبارات بل ظاهر كثير من العبارات الاتفاق عليه ما في لسنه فظهر مما ذكرنا
ضعف وجه التأمل في المسئلة كما عن الكفاية ومجمع الفائدة تبعا للمحقق الثاني ره
في جامع المقاصد قال فيما حكي عن الكفاية انهم قالوا لو لم يصح عقد المكره استنادا الى تعليلات
اعتبارية من غير نص فالمسئلة محل اشكال انتهى وقال في مجمع الفائدة مشيرا الى
قول العلامة ره فلو باع الطفل او المجنون او المغمى عليه او السكران وان اذن لهم
او المكره لم يصح ولو اجازوا بعد الكمال الا المكره فالتفريع كلام ظاهر الاولى ولو
اجازوا الا المكره فان الاستثناء غير واضح بل الظاهر البطلان ثم انهم لعدم حصول
القصد بل وعدم صدور العقد عن تراض والظاهر اشتراطه على ما هو ظاهر
الاية ولانه لا اعتبار بذلك الايجاب في نظر الشارع فهو بمنزلة العدم وهو ظاهر
لعدم الفرق بينه وبين غيره من الطفل وغيره والفرق بين كلامهم بانه لا
اعتبار به بخلاف كلام المكره فانه معتبر الا انه لا رضا معه فاذا وجد الرضا صح
لوجود شرطه بعيد جدا وبالجملة لا اجماع فيه ولا نص والاصل والاستصحاب
وعدم الاكل بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض وما صرح عليه عدم الانعقاد
وهو ظاهر الا ان المشهور الصحة وما نعرف لها دليلا وهم رحمهم الله اعرف
لعل لهم نصا ما نقل الينا انتهى ولا يخفى عليك ان كلامه هنا مبني على ان المكره غير قاصد — رحمهم م
الى المعنى المفهوم من اللفظ وانه استظهر البطلان ولم يقتصر على مجرد التأمل كما
حكاه المصنف واما عبارة جامع المقاصد فقد تقدم ذكرها في صدر المسئلة هذا و
قد استظهر بعض المعاصرين التوقف من عبارة الكل ولا ادري له وجها فانها ظاهرة — ايده الله نعم م
في الحكم بالبطلان وقد تقدم حكايتها نعم لا ادري بأسا بادعاه بعض الاواخر
من كون البطلان مقتضى اطلاق بعضهم شرطية الاختيار على وجه ظهر منه انه

كالبلوغ

كالبلوغ والعقل بل عن الخلاف ان طلاق المكره وعتقه وساير العقود التي يكره عليها لا تقع
اجماعا منا وبه قال كثير من العامة وقال بعضهم بان طلاقه وعتقه واقع وكذا كل عقد
يلحقه فسخ فان لم يلحقه فسخ كالصلح والبيع والاجارة انعقد عقدا موقوفا فان
صحت والا بطلت هنا وقد يستدل للقول بالصحة باستظهار الاجماع عليها من جماعة
وغيرهم من عبارات اخر وبعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود والتأمل لمحل البحث اليه ولكن لما
علمنا ان مانعية الاكراه عن تاثير العقد شرعا اقتضاه على زواله فاذا زال عمل المقتضي عمله
كما في نظائره ذلك بل لو سلم كون الاختيار والرضا من قبيل الشرط للعقد شرعا كون
الاكراه مانعا كما هو مقتضى ظاهر قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فلا نسلم شرطيته
مقارنته له للاصل ولمساواته للفضولي الثابت بالنص في جامعية الشرائط في حال
وقوعه عدا الرضا من المالك فاذا تعقبه الرضا اثر ولزم ولكن قد يفرق بينهما بعدم
القصد اصلا ورأسا في المكره بخلاف الفضولي فانه قاصد للنقل ومريد له قطعا و
ان توقف مضيه على رضا المالك ولا يصغى الى دعوى ان الفضولي قاصد للفظ العقد
دون مدلوله كالمكره لان يصغى الى دعوى ان المكره مطلقا قاصد له ايضا ومريد له الا ان
نفسه غير طيبة به كما ان نفس المالك غير طيبة به في الفضولي فهما سواء في غير طيب
النفس بل التحقيق ان الاكراه يقع على الوجهين من قصد المعنى وانتفاء مجرد طيب
النفس ومن عدم قصد منه الا الى اللفظ والاول يصح بالرضا اللاحق دون الثاني
والفرق قابلية الاول دون الاخير ولعل المراد المقسط الموثوق بعبارته في كلام المحقق ره
هو القسم الاول وهو ما قصد به المعنى فتدبر ثم انه قد يستشكل في التمسك بالاية
بان المامور بها انما هي العقود المعهودة المتعارفة في زمن النبي ص فلا يبعد ان تكون
العقد الذي اوقعه المكره بعد زوال العذر برضاه كما معهودا في ذلك الزمان حتى
تشمله الاية اذ لم يكن معهودا يقع الشك في شمول الخطاب وتوجه الجواب بان

[illegible]

العلم بذلك لا يلزم ان يكون تفصيلا بالاطلاع على احوال زمانه على الخصوص وجه لامكان حصول
العلم بغير ذلك الوجه وهو تداول الفتوى بصحة عقد المكره بعد رضاه في كتب
فقهائنا ثم ونعلم من ذلك كون مثل ذلك معهودا في زمانه ثم لانهم لا يفتون الا عن خبرة
فتوكلسى وان انتصر لهم بعض من تاخر عنهم بقوله نعم الا ان تكون تجارة عن تراض
الدال على اعتبار كون العقد عن التراضي مضافا الى النبوي المشهور الدال على رفع حكم الاكراه
وقال بعض المعاصرين انه قد يستدل على الثاني يعني على عدم صحة عقد المكره بالرضا
اللاحق بالاصول وبحديث رفع القلم بناء على عمومه لذلك كما سبق الظهور ره
في اتحاد المرفوع عن الصبي والمكره ونحوهما وبعدم الفرق بين الجميع وبعدم القصد حال
العقد مع ظهور النصوص وغيرها في اعتبار مقارنته له بل قد يدعى انتفاء اسم
العقد بانتفائه اذ ليس هو اسما للفظ على كل حال وبعدم الرضا حاله مع ظهور
الكتاب والسنة في اعتبار مقارنته له ايضا او في اعتبارها في مفهومه الى غير ذلك
ولكن في الجميع نظر انتهى اقول ثم الجمع بين الصبي والمكره في حديث رفع القلم
فان حديث رفع القلم كما حكاه فيما تقدم من كلامه هو قوله ع رفع القلم عن ثلثة
عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ومثله غيره في
الحديث النبوي المصدر بقوله رفع عن امتي تسعة غير مشتمل على المجنون والصبي فلا
لتقريب الاستدلال بان المرفوع عن الصبي اذا كان هو بطلان معاملته على وجه
لا يصححها الرضا اللاحق فكذا في المكره اللهم الا ان يدعى ان سياق الحديثين
واحد فاذا كان المرفوع عن الصبي هو الصحة على الوجه المذكور كان المرفوع عن
المكره ايضا ذلك فتامل ثم لا يخفى عليك سقوط الجميع اما الاول فلارتفاعه
بالدليل وقد عرفت التمسك بقوله تعالى اوفوا بالعقود واما الثاني فلانه
على تقدير تسليم اجتماع المكره والصبي والمجنون في حديث واحد لا يلزم منه اشتراكها

في الرفع اتحاد كيفية الرفع والجامع عدم صحة العقد في حال وقوعها وعدم ترتب عليه
جميع الآثار ولا ينافيه الاختلاف في الكيفية بان يترتب على احدهما حكم الصحة بلحوق
الرضا دون الآخر ومع وقوعها في اخبار متعددة يكون عدم لزوم اشتراكها في اتحاد
الكيفية بطريق اولى واما الثالث وهو عدم الفرق بين الجميع فلم يقع الا في كلام
بعضهم وليس مما وقع الاجماع عليه ولا حجة في كلام البعض وكلامنا انما هو في
مقابلة من يدعيه فالتمسك به مصادرة واما الرابع وهو عدم القصد حال العقد
فلانه خارج عن مفروض البحث فان من يحكم بالصحة بعد لحوق الرضا والاجازة انما
يحكم بها مع كون المكره قاصدا الى معنى اللفظ ومفهومه غاية ما في الباب انه لم يطب
به نفسه ومن هنا قيل بانه لعل النزاع صوري ولفظي بين الاكثر والجميع لكن
يومي اليه مع التدبر في ادلة الطرفين تقييد بعضهم الصحة بان لا يبلغ الى الخلو
عن القصد وفهم المعنى وقول صاحب الجواهر ره مع كونه ممن لا نعني انه لو فرض
تصور قصد المكره للمعنى مع عدم الرضا به وقلنا بان الاكراه على اللفظ لا يخرجه عن
قابلية التاثير جرى عليه حكم الفضولي بل وكذا لو كان مختارا وصرح بالقصد دون
الرضا بناء على امكان انفكاكهما ولعل منه بيع التلجئة ولا ريب في كونه حكم الفضولي
الى ان قال ولعل اطلاق الاصحاب الصحة في المكره مبني على غلبة هذه الصورة
انتهى واما الخامس فللمنع من ظهور الكتاب والسنة في اعتبار مقارنته وستعرف
عدم دلالة قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض على الحصر بتقريب الحكم في كون
العقد صحيحا بالرضا فهو كلسى مؤيد بالنقض بالهازل مع انهم يقولون بصحته
بعد لحوق الرضا قال في [illegible] ذيل الكلام لكن يبقى في هذا كله اشكال من وجه
اخر وهو ان الهازل قد حكموا بفساد عقده ولم يذكروا انه وان لحقه الرضا
به وظاهر حاله انه قاصد الى اللفظ دون مدلوله لانه بالغ فاعل لللازم ح

اما الحاقه بالمكره في لزوم عقده مع لحوق الرضا او ابداء الفرق بكونه غير قاصد للفظ
وفيه تامل انتهى وغرضه ره انه اذا لم يصح عقد الهازل لحكمهم لم يصح عقد المكره
فانه قاصد الى المعنى غير مقرون بطيب النفس به فوكسى والهازل الجائزي لان
دلالة الاية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي اما بمفهوم الحصر واما بمفهوم الوصف
ولا حصر لما لا يخفى لان الاستثناء منقطع غير مفرغ لا يخفى ان اشتراط سبق
الرضا على العقد لا يتم الا بدلالة الاية على الحصر بان يكون الاباحة الناشئة من
الاستثناء من النهي المفيد للتحريم منحصرة في التجارة الناشئة عن الرضا مع كونه
مسبوقا ومقرونا به حتى تخرج التجارة الملحوقة بالرضا عن حكم الاباحة فلا يؤثر
في صحتها فتبقى محكوما عليها بالحرمة والمصنف ره قد منع من دلالتها على الحصر مستندا
الى ان الاستثناء منقطع غير مفرغ وظاهر كلامه ره ان لكل من القيدين له دخل
في منع الحصر فلو كان الاستثناء متصلا افاد الحصر كما ان المنقطع لو كان مفرغا
افاد الحصر فهنا دعويان احديهما ان الاستثناء المنقطع الغير المفرغ لا يفيد
الحصر والاخرى ان الاستثناء المنقطع المفرغ يفيد الحصر اما الاولى فالوجه
فيها هو ان الحصر يتالف من عقدين ايجابي بالنسبة الى موضوع وسلبي بالنسبة
الى ما عداه فاذا قال المتكلم ما جائني القوم الا زيدا كان افادته للحصر من جهة انه
نفى المجيء عن القوم الشامل له ولغيره ثم اذا اثبته لزيد حصل من ذلك نفي المجيء
عما عدا زيد من افراد القوم وثبوته له فانحصر المجيء من بين القوم في زيد
قس عليه الحال في قولنا جائني القوم الا زيدا لان الاستثناء من النفي اثبات
وبالعكس على ما هو المشهور المعروف وافادة الاستثناء الحصر مبني عليه وهذا
لا يجري في مثل ما جائني القوم الا حمارا وذلك لان اصل الكلام انما نفى المجيء
عن القوم والاستثناء انما افاد اثبات المجيء للحمار ولا ينافي من مجموع المستثنى

والكلام

والكلام انما افاد نفي المجيء عن القوم والاستثناء انما افاد اثبات المجيء للحمار ولا ينافي
من مجموع المستثنى والكلام المشتمل على المستثنى منه نفي المجيء عن غير الحمار من
ساير افراد الحيوان كالفرس والبقر ونحوهما لعدم وفاء شيء من الجزئين به لان
ليس الحمار من افراد عنوان القوم حتى يقال انه حصل حصر المجيء فيه من اثبات الحكم
لبعض افراد القوم ونفيه عن بعضها واما الثانية وهي افادة المنقطع المفرغ
للحصر كما لو قيل ما جائني الا حمار فلان ترك المستثنى منه في الكلام انما يكون
مع العلم به وشموله للمستثنى فيصير المراد باصل الكلام نفي المجيء عن كل ما هو
صالح للمجيء واهل له فاذا ثبت للمستثنى وهو الحمار في المثال المذكور افاد
حصر المجيء من بين ما هو صالح للمجيء واهل له في الحمار هنا ولكن لا يخفى عليك ان
هذا المطلب وان لم ننف حد ذاته حقا الا انه لا يلزم منه عدم كون الاستثناء
منقطعا على التقرير المذكور لانه يصير المستثنى من جنس المستثنى منه ومن جملة
ما يندرج تحته فيصير تقييد المصنف ره لقوله غير مفرغ مستدركا اذ لا يوجد على
التقرير المذكور مفرغ منقطع حتى يكون من حكم عدم افادة الحصر لتحترز عنه
بالتقييد المذكور ولا يتوهم انه يصح ان يكون المستثنى منه في مثل قولنا ما جائني
الا حمار مفهوما كليا غير شامل للحمار كالقوم ونحوه ويقام قرينة للدلالة
على ذلك المستثنى منه لانا نقول انه في ذلك لا يجدي في استقامة كلام المصنف ره
لان افادة مثل ذلك الكلام للحصر ممنوع مضافا الى ان الظاهر من مساق كلمات
النحاة انهم لا يريدون بالمفرغ الا ما كان المستثنى منه   شاملا للمستثنى
ويدل على هذا كلام الشيخ الرضي ره حيث قال في طي كلام له في ذيل قول ابن الحاجب:
ويعرب على حسب العوامل اذا كان المستثنى منه غير مذكور وهو في غير الموجب
ما نصه وفي المفعول المطلق اذا كان للتاكيد ووقع بعد الا اشكال كقوله تعالى ان نظن

الا ظنا وذلك لان المستثنى المفرغ يجب ان يستثنى من متعدد مقدر معرب باعراب المستثنى
مستغرق لذلك الجنس لما تقدم حتى يدخل فيه المستثنى بيقين ثم يخرج بالاستثناء
وليس مصدر نظن محتملا لاسم الظن غيره حتى يخرج الظن من بينه وحمله ان يقال انه
من حيث توهم المخاطب اذ ربما تقول ضربت مثلا وقد فعلت غير الضرب
مما يجري مجراه كالتهديد والشروع في مقدمات الضرب فتقول ضربت ضربا
لرفع ذلك التوهم كما انك قلت جائني زيد جاز ان يتوهم انه جائك من يجري
مجراه فتقول جائني زيد زيد لرفع هذا الوهم فلما كان قولك ضربت محتملا
للضرب وغيره من حيث الوهم فكانك قلت ما فعلت شيئا الا ضربا قال وما
اعترض الشيب الا اعتراضا قال ابن يعيش هذا الكلام محمول على التقديم والتاخير
اى ان نحن الا نظن ظنا وما اعترض الا الشيب اعتراضا وهو تكلف انتهى وكيف كان
فالاية المذكورة قد اجتمع فيها القيدان ولو فرض انه لا مدخل للقيد الثاني في
لم تفد الحصر ايضا لكون الاستثناء منقطعا لان مؤدى اصل الكلام انما هو النهي
عن اكل المال بالباطل واستثنى منه التجارة عن التراضي المسبوقة به فيثبت
الاباحة بالنسبة اليها ولا يلزم من ذلك حرمة التجارة التي لحقها التراضي
لعدم دخولها في اكل المال بالباطل فلا مانع من ان تكون هي ايضا كالمسبوقة
مباحة فلم تفد الاية المذكورة الحصر فلو سلم تم على القول بالكشف هل للطرف
الغير المكره ان يفسخ قبل رضا المكره ام لا يأتي بيانه في الفضولي انشاء الله تعالى اعلم
انه لا اشكال في جواز تصرف المكره في ماله قبل الرضا بالعقد المكره عليه و
لا يتوقف على انشاء فسخ منه واحتمال توقفه عليه مدفوع بالاصل بل
بظاهر الادلة واما الطرف الاخر المقابل للمكره فالذي ذكره فيه بعض
المعاصرين انه لا يجوز له التصرف في ما انتقل اليه للاصل والاستصحاب والعمومات وان

لم يكن

لم يكن له فسخه وفي الجواهر ان عقد المكره حيث يكون كالفضولي فيجب عليه الانتظار عن المجبور
وليس له الفسخ قبل فسخ المجبور وعن بعضهم ان القول بوجوب الانتظار مخالف
لظاهر الشريعة وانهم ذهبوا في المسئلة على القول بالكشف نظرا الى ان الاجازة على القول
بالنقل لها مدخل في العقد شرطا او شطرا فما لم يتحقق الشرط او الجزء لم يجب الوفاء
على احد من المتعاقدين لان ما امر بالوفاء به انما هو العقد المقيد الذي لا يوجد الا
بعد القيد وهذا هو الذي صرح به فيما سياتي انشاء الله تعالى نعم في مقابل ما استظهره من
المحقق الثاني قده من عدم جواز تصرف الاصيل في ماله حتى على القول بالنقل وعلى هذا
فينبغي الكلام على القول بالكشف الذي حكاه هنالك عن جماعة منهم العلامة والسيد عميد
الدين والمحقق الثاني قده هو عدم جواز التصرف وما حكاه عن بعض معاصريه هو
الجواز وستعرف التفصيل انشاء الله تعالى ووجه الفرق بين القولين بكون الاجازة ناقلة
وكونها كاشفة هو انه على الاول لم يتحقق قبل صدورها عمن من شانه صدورها عنه
انتقال مال الى غيره والاجازة ان صدرت من اهلها فانما تفيد النقل من حين صدورها
فيجوز له التصرف فيه واما على الثاني فان شان الاجازة لما كان هو الكشف عن صحة
العقد وانتقال المال من حين وقوع العقد وقد كان من المحتمل لحوقها بها كان هناك
احتمال كون المال في الواقع ملكا للطرف الاخر فلا يجوز له التصرف فيه فيجب عليه
الانتظار الا ان يعلم الحال من جانب المكره انه يجيز او يرد وليس التمسك باصالة
عدم وقوع الاجازة من المكره بعد ذلك من جهة الشك في انه هل تحصل منه في
المستقبل ام لا لان العقل يحكم بالاحتياط والانتظار فيما وقع عنوان دائرا بين
كونه مما يترتب عليه حكم الزامي بالفعل لكنه لم يعلم به المكلف وينكشف بعد ذلك وبين
كونه مما لم يترتب عليه ذلك وادلة الاصول اللفظية اما منصرفة الى غير مثل هذا
المورد او مخصصة بحكم العقل لكون طريق الاطاعة والعصيان كونه الى

حكوا في حد ورد الصدقة بر على تقدير عدم معلومية التحقق بلزوم الانتظار وعدم جواز
التصرف فلو نذر اضحية شاة ان قدم مسافره لم يجز له التصرف فيها الى ان يتبين
وقوعه او عدمه هذا وقد يحتمل التفصيل في اصل المسئلة بان الطرف الاخر ان كان
عالما بكون صاحبه مكرها على المعاملة لم يجز له التصرف في ماله ووجب عليه الانتظار
مال الحال المكره من الاجازة او الرد لانه اقدم على معاملة المكره التي هي مما يحتمل فيه الامران
لسوء اختياره فلا بد من ان يلتزم بلازم ذلك وان لم يكن عالما جاز له التصرف
من دون فرق في القسمين بين القول بالنقل وبين القول بالكشف غاية ما في
الباب انه في صورة جهله بكون صاحبه مكرها يثبت له الخيار من جهة ان انتظار
المكره الى ان يرد او يجيز ضرر عليه وهذا وان لم يكن مندرجا تحت عنوان خاص
من عناوين الخيار المقررة الا ان اقسامه غير منحصرة في العناوين الخاصة المقررة
بل كل مورد يجيء فيه الضرر من جهة الصبر والانتظار يجيء فيه الخيار وهذا ما ظهر من
بعض من تأخر الميل الى اختياره لكنه بنا في ما نبه عليه في كثير من الموارد من ان
التمسك بادلة الضرر ونحوها من العمومات التي تطرق اليها كثير التخصيص لا يعمل
بها الا في المورد الذي افتى فيه الاصحاب بمقتضاها حتى يتم ثم لا يخفى عليك انه
على القول بصحة عقد المكره بلحوق الاجازة ولو حصل الرضا بعد العقد بلا فصل فلا اشكال
في صحته ولو وقع الفسخ منه قبل ذلك فلا ريب في بطلانه اما لو استمر الجبر الى ان فسخ ثم تعقبه الرضا
فالمنقول عن شرح القواعد ما ينبئ عن التردد في الصحة قال ره ولو حصل الرضا بعد تمام
العقد بلا فصل فلا بحث على القول بالصحة ولو فسخ فسد العقد ولو استمر الجبر بلا
فسخ ثم تعقبه الرضا فوجه الصحة وفي كونه كاشفا او ناقلا وجهان اقويهما
الاول انتهى وفي الجواهر بعد الاشارة اليه ما نصه لعل وجه العدم انه قد يقال
بكفاية استمرار عدم الرضا في فساد العقد بحيث لا ينفع معه الاجازة اذ عدم احتياج

فسخ

فسخ الى لفظ يدل عليه من باب الانشاء لا دليل عليه انتهى وفيه بعد منع كفاية الفسخ لظاهرهم
بل كلامهم كالنص في شموله لصورة الاستمرار في الجملة انه لم تكن هي المنافاة من كلامهم
وادلتهم نظرا الى ان غالب افراد الاكراه المتعقبة بالرضا في الخارج انما هو حال استمرار عدم
الرضا الا انه لا ينقلب بالرضا غالبا الا بعد انقضاء مدة في زمن وليس فيها الم الاكراه مضافا
الى ان كفاية مجرد استمرار عدم الرضا وقيامه مقام الرد مما لا وجه له ولا دليل عليه لان
الرد كالاجازة يحتاج الى انشاء بلفظ او ما يقوم مقامه ومجرد استمرار عدم الرضا
ليس انشاء تنبيهات الاول ان الاكراه وان كان امرا واقعيا الا ان
اعتقاد المكره طريق اليه فيترتب عليه احكام الاكراه وعدمه فلو كان المتغلب قد تواعد
على ترك امتثال اوامره على وجه كلي ثم انه صدر منه امر ببيع شيء من امواله فقصد الارشاد
فزعم المخاطب ان المراد به الحتم والالزام فباعه مكرها الا عن طيب نفس ترتب عليه
حكم العقد المكره عليه ولو انعكس الامر بان كان مقصود الامر هو التوعد على ترك
البيع والاكراه على فعله على سبيل الحقيقة فزعم المامور ان ذلك منه ليس الا الالزام في
المطالبة فباع لا عن اكراه وقع البيع صحيحا وهو ظاهر بعد التنبيه الثاني انه لو اكره
على نفس العقد غير مقيد بقيد بان اكره على بيع داره مثلا فباع مكرها ثم انه بعد زوال
الاكراه اجازه مقيدا بقيد مثلا ان يقول رضيت ببيع الدار بشرط ان يكتب لي
قرانا مثلا لم يفد الرضا في صحة العقد الواقع واجازته لانه ليس اجازة لما وقع بل هو
امر مغاير وكذلك العكس بان باع مشروطا بشرط ثم اجازه مطلقا لمغايرة العقد الواقع
لما تعلق به الاجازة وليس هذا مثل العفو عن الشرط المقيد به العقد واسقاطه
لتحقق العقد والشرط هناك الا انه اسقط حقه الثابت سابقا وهنا انشاء اجازة
عقد لم يقع صورته الا ان الواقع عين الا ان يقصد مضى العقد المقيد ثم يسقط
حقه وهو خارج عن المفروض الثالث انه قال في المسالك اعلم ان بيع المكره انما يقع

اليه البطلان اذا كان بغير حق فلو اكره بحق بان توجه عليه بيع ماله لوفاء دين عليه او شراء
مال اسلم اليه فيه فاكرهه الحاكم عليه صح بيعه وشراؤه فانه اكراه بحق ومثله تقويم
العبد على معتق نصيبه منه وتقويمه في فكه من الرق ليرث واكراهه على البيع
لنفقته ونفقة زوجته مع امتناعه وبيع الحيوان اذا امتنع من الانفاق عليه وفي
العبد اذا اسلم عند الكافر والعبد المسلم والمصحف اذا اشتريهما الكافر وسوغناه
فانهما يباعان عليه قهرا والطعام عند المخمصة يشتريه خائف التلف والمحتكر مع
عدم وجود غيره واحتياج الناس اليه فظاهر هذه الصور مستثناة من قولهم ان
بيع المكره غير صحيح وضابطها الاكراه بحق كما قد عرفناه انتهى وقد صرح بصحة بيع
المكره بحق كما هو الضابط الذي ذكره غير واحد كثير من فقهائنا بل لم نعرف فيه خلاف
بل ظاهرهم الاتفاق عليه وعن الغنية انه لا خلاف فيه وظاهرها نفي الخلاف
بين المسلمين ولعله لذلك وظاهرهم انه صحيح بنفسه وهو حق مع قصده للنقل
وليس مرادهم بكون بيع المكره بحق صحيحا الا هذا القسم والا فالحكم بصحته
مع عدم القصد الى النقل الذي هو مضمون الصيغة مما لا وجه له فلا بد من
الحكم بفساده ولا اشكال في صحة الصيغة الصادرة من المكره بحق لاجل جعله
المالك الحقيقي سببا للنقل وان كان المكره فاقدا للرضا بمضمون الصيغة ثم اعلم
انه مع امتناع المالك من بيع ما يلزمه بيعه ان تمكن الحاكم من اكراهه واجباره على البيع
كانت وظيفته ذلك دون مباشرته بنفسه اذ لم يثبت من الشرع تخييره في
المباشرة ومع الشك في مضي البيع الذي باشره بنفسه فالاصل عدم مضيه
والاصل بقاء مال كل من المالكين على ملكه ثم انه ان لم يتمكن من اجبار المالك
على البيع باشره هو بنفسه ولكن ظاهر كلام صاحب الجواهر ره ان الحاكم يباشر
بنفسه البيع مع التمكن من اجبار المالك قال ره في ذيل كلامه على الاكراه هذا كله

في الاكراه بغير حق واما فيه فقد صرح غير واحد بالصحة معه لكن قد يقال ان الاكراه بالحق
للحاكم ومن قام مقامه انما يقتضي تصرف الجابر ولا حاجة الى وقوع اللفظ من المجبور
لانه هو الموجب في هذا الحال واحتمال الالزام له بمباشرة اللفظ الخالي عن القصد
والرضا لا دليل عليه وقيام الحاكم مقامه فيما يقتضي قيامه في اللفظ الذي هو
اسهل من ذلك على انه لو اعتبر اللفظ شرطا امكن عدم تيسره منه لشدة عناده
او غير ذلك بل قد يشك في صحة العقد الذي يكره عليه والفرض كونه فاقد القصد
والرضا ولو حصلا من الحاكم حضره كونه تبعيضا في العقد لم يعلم شرعيته انتهى
وانت خبير بان ولاية الحاكم في صورة تيسر اجبار المالك على مباشرة البيع
لم يثبت بازيد من ذلك فيكون مباشرة الحاكم بنفسه للبيع مما لا ولاية
له عليه فدعوى انه هو الموجب وانه لا حاجة الى صدور اللفظ من المالك المكره
مصادرة كما انه لا يخفى سقوط ما ذكره من نفي الدليل على الزام المالك بمباشرة اللفظ
الخالي عن القصد والرضا وذلك لان الرضا من المالك غير حاصل على الكل من تقديري
مباشرة المالك ومباشرة الحاكم وقد سقط المالك الحقيقي عن درجة الاعتبار
وجعل المناط هنا رضاه الحاصل برضا الحاكم الشرعي وان المفروض انما هو طالب
قصد المالك المجبر مضمون الصيغة فان هذا هو الذي نقول بصحته وفاقا للاصحاب
واما اللفظ الخالي عن المدلول فلا يقول احد بصحة العقد به والمعتبر انما هو
اللفظ المقصود به المعنى بل كان يشترط الرضا وان لحقه وقد كان المعتبر صدور العقد
من المالك مع الرضا فاذا تعذر مباشرة المالك وجاء من قبله الحاكم كان
اللازم ان يقدر الضرورة بقدرها فيامر الحاكم بمباشرة العقد وافتراق
محل الرضا عن محل القصد الى مدلول الصيغة لا مانع منه وقد تحقق في الفضولي
ودعوى قيام الحاكم مقام المالك في القصد لا وجه له واسهليته قيامه مقامه

لو اعتبر

في اللفظ وجاعبارى لا يصلح للصبي ورثه مستقلا شرعا والاستدلال بانه
اللفظ لشكل باحتمال عدم تيسر منه لشدة عناده او غيره لذلك مما لا يفضي
الى المطلوب مدفوع بانه عند عدم تيسر تبدل العنوان فيندرج تحت
من تعذر اجباره فيقوم الحاكم مقامه كما عرفت فرع لو اكرهه الحاكم على
امرين وكان الاكراه في احدهما بحق وفي الاخر بغير حق ولو مع اشتباه
الحاكم في الموضوع حتى لا ينافي حفظ حكمه شرعا او فرضنا المتغلب امره بعقدين
فرضي بايقاع احدهما باطنا واوقع الاخر عن كره كان لكل منهما حكمه فيصح في
الاول ما اكره عليه بحق دون ما اكره عليه بغير حق وفي الثاني ما اوقعه
عن رضا دون ما اوقعه عن كره فرع كسى ومن شروط المتعاقدين اذن
السيد لو كان العاقد عبدا فلا يجوز للمملوك ان يوقع عقدا الا باذن سيده
لا يخفى ما في عبارة المقررة من شوب الاجمال لان ظاهر قوله لا يجوز انما هو
نفي الجواز الذي هو من الاحكام التكليفية لان معناه المتعارف في السنة
المتاخرين وظاهر ما استدل به من قول ابي جعفر ع وابي عبد الله ع المملوك
لا يجوز نكاحه ولا طلاقه الا باذن سيده انما هو نفي الحكم الوضعي لان الجواز
معناه في عرف عامة العرب انما هو المضي وعليه جرى كلامه في ذيل الخبر حيث
قال فهو شرعا بمنزلة العدم لا يترتب عليه الاثر المقصود منه وقد وقع من
غيره المقرر ما ظاهر لفظه هو نفي الحكم التكليفي قال في القواعد وليس للمملوك
ان يبيع او يشتري الا باذن مولاه وعن شرحها انه فسر العبارة بانه ليس يباح
للمملوك ان يبيع او يشتري الا باذن مولاه والذي يظهر لي ان المقررة عبر في
صدر العبارة بقوله لا يجوز رعاية للتعبير عن المدلول عليه بما يفيده لفظ
الدليل بل الظاهر ان نفي الجواز في عبارة المقررة وفي عبارة الحديث بمعنا

اللغوي

ماض

اللغوي الذي هو حقيقة في المضي يشمل الحكم التكليفي والحكم الوضعي فيصدق على المحرم انه غير
شرعا كما انه يصدق على ما لا يترتب عليه الاثر انه غير ماض وكيف كان فينبغي تحرير الكلام
تارة في الحكم التكليفي واخرى في الحكم الوضعي فلا بد من رسم مقامين الاول في التكليفي
وتفصيل القول فيه انه لا ريب ولا اشكال في حرمة مباشرة العبد للامور العظيمة كا
لتجارة والسفر الى البلاد واقسام الاكتساب المعتبر فيها عمل او زمان معتد به ونحو ذلك
بدون اذن المولى حتى فيما لو لم يصدر منه النهي عن ذلك فيكفي في الحرمة مجرد الشك في الاذن
كما انه لا ريب ولا اشكال من جهة الحكم الوضعي في ان عبارة العبد ليست مسلوبة الاثر
كعبارة الصبي بحيث لا تكون قابلة لان يفيدها اذن المولى سابقا او لاحقا ترتب
الاثار عليها فهي قابلة للتاثير بانضمام الاذن اليها فذلك مما لا كلام فيه
انما الكلام في اباحة الافعال الجزئية الزائدة على قدر العرف كالتكلم بما زاد عن
قدر الحاجة وايقاع لفظ الصيغة ولا دعى عن غيره والمشي زيادة على القدر اللازم
المحتاج اليه ونحو ذلك فالذي افاده المقرر قده في طي كلامه هو منع حرمة
تلفظه بالفاظ العقد ونحوه من التصرفات الجزئية استنادا الى السيرة على ملاكه
العبد ونحو ذلك من المشاغل الجزئية وفي الجواهر نفي البعد عن صحة التصرفات
المذكورة في باب دين المملوك قال عند قول المحقق قده لا يجوز للمملوك ان يتصرف في
نفسه باجارة ولا استدانة ولا غير ذلك من العقود ولا بما في يده ببيع ولا هبة الا باذن
سيده ولو حكم له بملكه لما عرفته سابقا من كونه محجورا عليه وانه لا يقدر على شيء بل لا يبعد
جواز التصرف له في نفسه بما لا ينافي حقوق سيده ونحوه مما علم من السيرة وغيرها من عدم
تسلط المولى على منعه منها من بعض حركات بدنه ونحوها كالعلم بعدم توقف الرخصة
في بعض الاحوال له على اذن السيد بل الظاهر انها رخصة شرعية حتى نهاه السيد هذا
ما هنا من كلامه قده ومن انوار الفقاهة الحكم بالحرمة حتى في الافعال القلبية الا انه نفى

السيد عن استثناء الافعال القلبية التي هي من قبيل الخيالات للتفكر في نظم الامور التي هي من
الخيرات او في المسائل العلمية ونحو ذلك وحجته على ذلك ان لسان العبد وقلبه وسائر
جوارحه مملوكة للمولى والتصرف في مال الغير بدون اذنه حرام واشكله غير مجزية في
كلمات اعيان الفقهاء رضي الله عنهم والذي يمكن ان يكون مستندا للقول بالحرمة انما
هو كونه تصرفا في ملك الغير بغير اذنه نص ورخ ان لسانه وغيره من جوارحه ملك
لمولاه فلا يجوز له التصرف فيها الا باذنه وما اشار اليه صاحب الجواهر قده في قوله
تع لا يقدر على شيء بتقريب ان نفي القدرة على شيء بعد صرفه عن معناه الاصطلاحي
يعطي عدم كونه ماذونا واقعه وعدم كونه مما يترتب عليه الاثر فيفيد الحكم التكليفي
الذي هو هنا الحرمة والحكم الوضعي الذي هو الفساد والعمومات الناطقة بحرمة
التصرف في مال الغير ورواية زرارة عنهما عم المذكورة في كلام المصرح بناء على صحة
كونها دليلا برأسها في عرض الاية كما يكشف عنه ما فعله المصرح قده وبعض من تبعه وقوله
ابي جعفر عم في رواية اخرى لزرارة انه لم يعص الله وانما عصى سيده بتقريب انه عبر عن
فعله بغير اذن سيده بالعصيان ومعلوم ان عصيان العبد لسيده حرام واما
نفي عصيانه لله فانما هو باعتبار انه ليس عصيانا لله ابتداء وليس من الامور
التي نهى الله تع عنها بخصوصها تماما ونهيها فلانيا في عروض التحريم وكونه
معصية لله باعتبار كونه عصيانا للسيد وقد يناقش في الاول بان حرمة التصرف
في مال الغير عقلي والعقل لا يحكم بالحرمة الا في الاشياء الخطيرة التي يوجب التصرف
فيها الضرر على المالك دون الامور اليسيرة كالاستناد الى حائط الغير والاستظلال
بظله مع عدم نهي المالك واما مع نهيه فالمتبع به انه محرم وعلى هذا فيرجع في
الامور اليسيرة الى اصل الاباحة فليس حال العبد الا مثل حال الحر الذي هو مملوك
لله تع والاشياء الغير الضرورية للمعاش التي ليس فيها امارة المضرة والمفسدة

مباحة

مباحة في حقه من جهة حكم العقل بالاباحة وفي الثاني بان الخطابات الدالة على حرمة
التصرف في مال الغير انما هي من قبيل الانصرافات وهي لا تنصرف الى امثال التصرفات
المذكورة كما لا يخفى على المتامل المنصف الا ترى ان من سمع الخطابات المذكورة لا ينتقل
ذهنه منها الى حرمة تكلم العبد مع غيره بدون اذن سيده او الاذكار المندوبة
او مجرد ايقاع الصيغة وكالة عن غيره او تناول يد منخفض فاشرف على الوقوع في
ماء او نحو ذلك وامثال ذلك وعلى هذا فلا بد فيما خرج عن تحت الاطلاقات المذكورة
من الرجوع الى اصالة الاباحة وفي الثالث بان المنافي له انما هو الحكم الوضعي
دون الحكم التكليفي وقد وقع دعواه في كلام بعض المعاصرين وفي الرابع بان
مجرد التعبير بلفظ عصى لا يفيد كونه محرما اذ ليس متعلق العصيان هو الله تعم
حتى يكون حراما وانما متعلقه السيد والمفروض في الحديث انه لم يعص من
السيد نهي عن نكاحه وانما فعل فعلا بغير اذنه والعصيان ليس مما يلزم حرمته
فيرجع المنع الى كلمة الكبرى وهي ان عصيان السيد بالمعنى المذكور عصيان لله تعم
فيقال ان حرمة اقدام العبد على الفعل بدون اذنه من السيد مطلقا بحيث تشمل
الافعال اليسيرة الجزئية اول الكلام فمعنى الحديث انه انما فعل فعلا غير ماذون
فيه فاذا حصل منه الاذن بعد ذلك جاز لعدم الفرق بين الاذن السابق والاذن
اللاحق هيهنا ومن المعلوم ان مجرد التعبير بلفظ العصيان لا يوجب كونه حراما
شرعا كما في قوله تعم وعصى ادم ربه فغوى فهنا اولى لان مفعول عصى في الاية هو
الرب ومفعوله في الحديث هو السيد واذا لم يكن التعبير بلفظ معصية الرب
مستلزما للحرمة فالتعبير بلفظ معصية السيد اولى وقد صرح الفاضل القمي ره
بكون المراد بمعصية السيد في الحديث هو عدم الاذن مستشهدا على ذلك بان مخالفة
السيد ليس معصية فلو لم يكن المراد بمعصية السيد عدم الاذن لم يكن وجه لنفي في الحديث

لم يعص الله وانت خبير بان نفس مدعاه وان كان حقا الا ان الاستشهاد بالرواية ليس في محله لانه لا يعني
ما ذكره من كون المراد بالمعصية عدم الاذن لامكان ارتفاع التنافي في الحديث بوجه
آخر ذكره صاحب الجواهر ره وهو ان يكون المراد انه لم يعص الله في اصل النكاح وانما عصى
في امر عارض كما ذكره في باب نكاح الاماء وتحقيق ذلك على وجه يكشف عن المقام
ان المعصية المنفية في قوله لم يعص الله ليست مطلق المعصية بل المراد منها معصية
مخصوصة تقتضي فساد النكاح والمعنى انه لم يعص الله تعالى عصيانا يوجب الفساد كما في نكاح
المحرمات والنكاح في العدة وغيرهما مما يحرم لعينه او وصفه اللازم كما يدل عليه قوله ع انما اتى
حلالا وقوله ع ان ذلك ليس كاتيانه آه والا فعصيان السيد يستلزم عصيان الله لان الله اوجب
على العبد طاعة سيده فاذا عصى سيده فقد عصى الله فلا يصح نفي المعصية عنه مطلقا وانما يصح
نفي المعصية الناشئة من اصل النكاح فان معصية الله في نكاح العبد بدون اذن سيده انما نشأت
من عصيان سيده وهو امر خارج عن النكاح مفارق له وما حاصل الوجه المذكور ان المعصية الموجبة
لفساد النكاح هي مخالفة امر الله تعالى في نفس النكاح وعصيان المملوك في نكاحه بدون اذن سيده ليس كذلك
فانه قد حصل في نكاحه معصيتان معصية لسيده في اصل النكاح ومعصية لله تعالى باعتبار
مخالفة سيده وان ثبت ضمنا للنهي عصيانا لله في اصل النكاح فلا يكون عصيانا موجبا لفساد
النكاح فمعنى قوله ع انه لم يعص الله ولكن عصى سيده انه لم يعص الله عصيانا راجعا الى اصل النكاح
حتى يفسد نكاحه وانما عصى سيده معصية موجبة لعصيان الله فيما هو خارج عن
النكاح فذلك لا يوجب فساده وهو صريح فيما اخترناه من التفصيل في الاصل بحجة
على كل من اطلق القول بالفساد وعدمه لا يقال ان ذلك يقتضي الصحة وان لم تحصل
الاجازة وهو معلوم البطلان لانا نقول عدم الصحة مع فقد الاجازة ليس للتحريم بل
لاشتراط رضى المولى في صحة النكاح وان كان متأخرا عن العقد فمع حصوله لم يبق الا عصيان
في فعله ذلك وقد عرفت انه لا يقتضي الفساد فيصح العقد لوجود المقتضي وارتفاع

المانع

المانع فقوله ع لم يعص الله آه اشارة الى الثاني وقوله فاذا اجازه آه اشارة الى الاول كما ان ما نقل
ان لا دليل على خصوص المعصية المنفية التي تكون مطلقة للفساد يدفعه ما عرفت من ظهور
الخبر في عدم اقتضاء المعصية بامر خارج الفساد واقتضائها له ان كان ذلك فيما كان راجعا الى اصل النكاح
او وصفه اللازم كما يشهد له قوله ع انما اتى حلالا آه على انه لا اشكال في دلالة الخبر على ما بيناه على
خلاف القول بالفساد وعدمه وذلك يستلزم التفصيل وليس في المسألة تفصيل آخر يحتمل
كما يدفع ما عساه يقال من ان العصيان في مخالفة الامر والمولى لم ينه الا عن التزويج بغير اذن
الذي هو المعنون في كلام الفقهاء فالمراد من العصيان هو الوقوع بغير اذن ولا ريب ان العقد
تقتضي صحته بل المفروض فيما اذا كان هناك دليل شرعي يقتضي الصحة وح يكون معنى قوله لم يعص الله
ان فعل العبد موافق لقول الله الذي يقتضي الصحة غاية ما في الباب انه وقع بغير اذن
السيد فلو كان السيد هو المقتضي له بغير اذنه تكون الاجازة له فكذا العقد على عبده لان الدليل
الصحة ومقتضيها فالخبر ح دال على عدم الاقتضاء كما عليه المعظم ولو اريد من العصيان
ظاهره لم يصح الحكم بانه لم يعص الله آه لان الامر بالمكلف ان المفروض انه لم يقع منه في ذلك وانما عصى الله
في عقده بدون اذن سيده لنهيه عن ذلك بدون اذن مولاه لان العصيان انما يستعمل في مخالفة
الشرع واطلاقه على مخالفة الحكم الوضعي كمخالفة الصحة غير معهود وانما المعهود فيه اطلاق البطلان
والبطلان مع ان الحمل عليه لا يستقيم في قوله ع وانما عصى سيده اذ ليس للسيد قول يقتضي الصحة حتى
يكون فعل العبد مخالفا له وحمل العصيان هنا على حقيقته مع ارادة المعنى المذكور في قوله
لم يعص تفكيك ركيك لا يلائم الحصر فانه انما هو بالقياس الى ما نفي في قوله ع لم يعص الله فلو
اثبتنا للمعنى المنفي هناك فلا يصح التفكيك على الحقيقة على ان الحقيقة في قوله عصى سيده متعذرة
بناء على ما ذكر من ان العصيان مخالفة الامر فينبغي حمله على ما يوجب العقوبة والحاصل ان
لم يكن لمخالفة الامر فيلزم الخروج عن ظاهر اللفظ في الموضعين مع التفكيك
بحمله فيهما على معنيين مختلفين مع ان امتناع الحقيقة في قوله عصى سيده انما اقتضى الصرف

[illegible] منه دام ظله

٣ متعلق بقوله كما يدفع ما عساه يقال منه دام ظله

من الظاهر في قوله لم يعص الله للزوم التفكيك بين ما يفهم من كلامه والاولى الحمل على الظاهر
فيه ممكن بارادة نفي العصيان على بعض الوجوه فالعدول عنه ليس الا للفرار عن لزوم التفكيك
والحمل على المعنى المذكور يكون فيما اريد الفرار منه فالصواب ان يقال ان العصيان في قوله
لم يعص الله جار على اصله بمعنى مخالفة الامر والمعنى انه لم يخالف امر الله في النكاح فانه
لم يمنعه من النكاح ولم يحرم عليه وفي قوله عصى سيده مبنى على تنزيل العلة منزلة النهي
فانها قاضية بمنع استقلال العبد بالنكاح واشباهه مما يجب ان يصدر عن امر
المولى ورايه او محمول على فعل ما يوجب العقوبة وان لم يكن مخالفة الامر مجازا ولا
يلزم التفكيك القبيح المنافي للمناسبة الظاهرة بين المعنيين وصحة الحصر بالقياس الى
المعنى المنفي بخلاف الحمل في مخالفة مقتضى الصحة على ما عرفت ويمكن حمله في الموضعين
على ما يوجب العقوبة مطلقا اما في عصيان السيد فلتعذر الحقيقة الموجبة للحمل على المجاز
واما في عصيانه فلئلا يختلف وهم فلا يلزم التفكيك غاية الامر حصول المعنى في
احدهما بمخالفة الامر وفي الاخر بامر آخر غير ذلك وهذا لا يوجب التفكيك في المعنى المراد
من لفظ العصيان كما هو واضح انتهى ولكن لا يخفى عليك انه بعد ما عرفته منه من التعب
العظيم في معنى الخبر لم يات للفظة عصى سيده بمعنى مصحح للتركيب منطبق على قانون
الاستعمال اما قوله في التفسير الاول وانما عصى سيده معصية موجبة لعصيان الله فيما
هو خارج عن النكاح فانه لم يفد لعصيان السيد معنى اصلا فلم يعلم منه انه عبارة عن
اى شاء واما قوله ان العصيان في قوله عصى سيده مبني على تنزيل العادة منزلة النهي فانها ثانيا
قاضية بمنع استقلال العبد بالنكاح واشباهه مما يجب ان يصدر عن امر المولى ورايه
فانه لم يفد لعصيان السيد معنى اصلا وانما افاد ما يصلح ان يكون نكتة في التعبير بعدم اذن
السيد كما هو مفروض السؤال في الحديث بالعصيان فلا وجه لانكار كون المراد بعصيان
السيد ارتكاب ما لم ياذن فيه ويكون الوجه في التعبير تشبيه التعدي عن الاستيذان الذي

هو

هو مقتضى القاعدة بمخالفة الامر وتسميته باسمه فيكون من باب الاستعارة ومن المعلوم ان مفروض
السؤال في الحديث انما هو عدم الاذن ولا كلام فيه لاحد واما قوله او محمول على فعل
ما يوجب العقوبة وان لم يكن مخالفة الامر مجازا فانه ان اراد به ان معنى عصيان السيد هو
ما يوجب عقوبة السيد ففيه ان ذلك ليس باولى من ان يقال فعل ما لم ياذن فيه السيد
لان المحذور فيه ان كان هو عدم العلاقة والمناسبة بين العصيان وبين عدم اذن
السيد فقد عرفت ان اقتضاء العادة الاستيذان يجعل التخلف عنه منافيا للتخلف عن
الامر وان كان هو التفكيك فهو لازم على ما ذكره ايضا لانه بعد ما حمل الحديث على انه لم يعص الله
وانما فعل ما يستحق به عقوبة المولى ومعلوم ان التفكيك يلزم بتغاير المعنيين
وهو هنا موجود والاعتذار عنه بانه لا يلزم التفكيك القبيح المنافي للمناسبة الظاهرة
بين المعنيين لا يجدي شيئا فيه لان مجرد المناسبة لا يرفع التفكيك ولو سلمنا ان المناسبة
الظاهرة ترفع قبح التفكيك وان لم ترفع اصله كما هو ظاهر كلامه قلنا ان المناسبة
بين عدم العصيان وعدم الاستيذان مع قضاء العادة بلزومه اظهر فيقال
انه لم يعص الله وانما فعل ما لم ياذن فيه المولى مع لزوم استيذانه فيه واما
ما ذكره اخيرا من ان المراد بالفقرتين هو انه لم يفعل ما يوجب عقوبة ربه وانما
فعل ما يوجب عقوبة سيده ففيه انه توافق معنى اللفظين لا يسوغ مع اعتبار الاذن
حتى يصرف لاجله اللفظ عن حقيقته فاذا ذكر لفظ في مقامين اريد به في احدهما
معناه الحقيقي لعدم الصارف وفي الاخر معنى مجازي لقيام قرينة على ارادته لم يكن
مانع من ذلك وتسمية ذلك تفكيكا لو اراد به هذا المعنى لا يوجب بطلانه وان
اراد بالتفكيك عدم مراعاة مقتضى المقابلة بين المعنيين وانه ركيك ففيه
انه كلما حصل بين المتخاطبين وقوع امر وتوهم المخاطب شيئا وكان الواقع عند
المخاطب خلافه صح للمتكلم اثبات الثاني في مقابلة نفي الاول فيصح للمتكلم ان

يقول للمخاطب بعد مسلمية وقوع امر توهم انه وقعت حجارة من السماء ولكن الواقع
في الحقيقة موت زيد لم تقع حجارة من السماء وانما مات زيد وهذا واضح عند من له
خبرة بطرق تادية المقاصد ومن البين ان الامر في الحديث على هذا المنوال الحكم عليه
من العامة ببطلان العقد المبني على حرمته وليت شعري ما وجه القبح في قول القائل ان
العبد لم يعص الله وانما فعل فعلا لم ياذن فيه المولى وعلى هذا فاذا اذن المولى
واجاز جاز العقد ولفظ الحديث مرادف لهذه العبارة فالوجه عندي ان
معصية السيد انما اريد بها عدم الاذن منه بقرينة ما سبقه من سؤال الراوي
عن صدوره مع عدم الاذن وما لحقه من قوله عم فاذا اجاز جاز وانه المناسب لما عرفت
من ان مقتضى العادة لما كان هو لزوم الاستيذان وقد ترك صح التعبير عنه بالعصيان
واذ قد عرفت ذلك كله علمت ان كون الفعل بغير اذن من السيد حراما انما هو من
احكام الفعل شرعا ولا مدخل له بنفس الموضوع فلا ينافي صحة الحديث حرمته
بل نقول ان الحديث يدل على ان العقد بنفسه قبل اجازة المولى ووقوع ترتب الاثر
من العبد عليه ليس حراما كما هو الواقع في الفضولي من عدم حرمة نفس العقد وان
المحرم انما هو تسليم المال ونحوه من اثار العقد وذلك لانه عم حكم بانه لم يعص الله
والحال ان معصية المولى معصية الله فيجب ان يحمل على انه لم يفعل محرما اصلا وانما
فعل ما لم ياذن فيه السيد وهو العقد وانه ليس محرما فاذا اجاز المولى جاز و
على هذا البيان يصير هذا الحديث من ادلة جواز ارتكاب العبد للامور الجزئية
الزائدة على مقدار الحاجة من التعيش والاوفق بالحديث ما سبق على انا لسنا بصدده
لان كلامنا انما هو فيما زاد على القدر اللازم في التعيش من الامور
الخطيرة ومعلوم ان النكاح باعتبار اثاره من الامور الخطيرة فلا ربط للخبر
المذكور بما نحن بصدده فالاستدلال به للقول بالحرمة كما صدر من بعض

تامل

تامل ليس في محله اذ ليس في الحديث سوى التعبير بلفظ العصيان وقد عرفت انه لا يدل
على الحرمة فافهم ثم ان في الحديث المذكور وما في معناه وجها اخر افاده بعض الاواخر
نظرا الى انه وما في معناه معارض بصحيح منصور عن ابي عبد الله عم في مملوك تزوج
بغير اذن مولاه اعاص لله قال عم عاص لمولاه قلت حرام هو قال عم ما ازعم
انه حرام قل له ان لا يفعل فقد قيل انه كالنص في ارادة خلاف الاولى مع سيده
من معصيته وانه ينبغي له ان لا يفعل بدون اذن سيده ويرد مع عدم القول بالفصل
بينه وبين باقي العقود ونحوها فلا تخص العمومات الناهية عن التصرف في مال
الغير ان لم تنصرف الى غيره لذلك ودعوى استشهاد العلماء بها على وجه يقتضي الصحيح
تخصيصها محل نظر سيما مع عدم تعرض الاكثر لذلك اقول هذا الوجه ٢ظاهرام
وجيه بل الاوجه مما قدمناه بعد ملاحظة صحيح منصور المذكور فان الاخبار يكشف
بعضها عن بعض ولا غائلة في التمسك به من جهة اشتماله على لفظ الزعم الذي
الذي حكي فيه عن الازهري ان اكثر ما يكون هو فيما يشك فيه ولا يتحقق وفي
المصباح انه قال بعضهم هو كناية عن الكذب وقال المرزوقي اكثر ما يستعمل فيما
كان باطلا او فيه ارتياب وقال ابن القوطية زعم زعما قال خبرا لا يدري احق
هو او باطل قال الخطابي ولهذا قيل زعم مطية الكذب انتهى لان ارادة غير معنى
الاعتقاد دخل بتقدير ثبوت وضعه لما فيه ارتياب ونحوه عند مناسبة شأنه
المعصوم عم فصدور الكلام منه عم قرينة على ارادة الاعتقاد وقد صرح في المصباح
باطلاقه على الاعتقاد تنبيه ان سلم دلالة الحديث المذكور على اباحة
ايقاع العبد للصيغة فهو لا ينفع في ابطال ما استدل به على الحرمة لا يصير المعول
الا الاصل الذي ذكر ان مقتضاه الاباحة وقد استفيد من كلام المقدرة
وهنا الجواهر الاستدلال على الاباحة في محل البحث بالسيرة لقيامها على اجراء

حكم الاباحة على الامور المذكورة ما لم ينه عنها المولى وقد يحتمل ان الاباحة فيها انما هي
لشهادة حال المولى بالاذن ولكن لا يخفى عليك ان الاذن المدلول عليه بشهادة
الحال ليس عاما لجميع الموالي فقد لا يشهد حال بعضهم بذلك بل كثيرا ما يشهد بخلافه
ومن ذلك القبيل ما لو كان المولى بخيلا لا يرضى بقضاء حوائج الناس فلا يشهد حاله
بالاذن بان يصير عبده وكيلا في اجراء العقود وايقاع صيغ الايقاعات ومنه ما لو كان
المولى عاصيا فلا يشهد حاله بالاذن في ارتكاب عبده للمندوبات الموظفة في مذهب
الخاصة وكذا العكس هنا ومما يؤيد ما ذكرناه من ان مناط الحرمة في افعال
المملوك هو كون الفعل الصادر منه منافيا لخدمة مولاه لا مجرد كون المولى
مالكا لجميع اعضائه من لسانه وساير جوارحه تعرض الفقهاء رض لعدم صحة صومه الا
باذن المولى مع عدم تعرضهم للمنع من الصلوات المندوبة في ابواب الصلوة
وان كان يقتضي الحاق العبادات المندوبة باسرها من ذلك توقفها على اذن
المولى الا ان تخصيص بعضها بالذكر يعطي ما قلناه وكذا الحال في تعرضهم للمنع
عما هو مثل الصوم في المنع من خدمة المولى كالحج وغيره قال في ط في كتاب الصوم
واما صوم الاذن فثلثة اقسام احدها صوم المرأة تطوعا بغير اذن زوجها
فان صامت بغير اذنه لم ينعقد صومها وكان له ان يفطرها واما ما هو واجب
عليها من انواع الواجبات فلا يعتبر فيه اذن الزوج وكذا المملوك لا يتطوع الا باذن
سيده ولا يعتبر اذنه في الواجبات انتهى وقال في كتاب الاعتكاف منه ولا يصح الاعتكاف
ممن عليه ولاية الا باذن من له الولاية عليه كالمرأة مع زوجها والعبد مع سيده و
المكاتب قبل كمال حريته والمدبر والرجس والضيف الا باذن مضيفه لانهم ممنوعون
من الصوم تطوعا الا باذن من له الولاية عليهم والاعتكاف لا يصح الا بصوم انتهى
وقال في موضع اخر منه ومن كان بعضه مملوكا وبعضه حرا فان جرى بينه وبين

سيده

سيده مهاياة بان يكون له من نفسه ثلثة ايام فصاعدا وللسيد مثله صح منه الاعتكاف
في ايامه بغير اذن سيده وان لم يكن بينهما مهاياة او كان اقل من ثلثة ايام كان كالقن
سواء انتهى وقال في الشرايع في كتاب الصوم والمحظور تسعة وعد منها صوم
المرأة تطوعا بغير اذن زوجها ومع نهيه لها ثم قال وكذا المملوك انتهى وقال في كتاب
الاعتكاف منها في مقام ذكر شرائطه الخامس اذن من له ولاية كالمولى لعبده
والزوج لزوجته الى ان قال المملوك اذا هاياه مولاه جاز له الاعتكاف في ايامه وان
لم ياذن له مولاه انتهى وفي جامع المقاصد هذا اذا لم تضر بالسيد في نوبته والا لم يجز
انتهى ويلوح من هذه الكلمات ان المنع من الصوم والاعتكاف انما هو لكونهما مانعين
من خدمة المولى وما يستحقه منه كما ان المنع في المرأة انما هو من جهة منع الصوم عن حق
الزوج وولايته عليها خصوصا مع ملاحظة عدم تعرضهم للمنع من الصلوات
المندوبة نظرا الى انه ليس من شان الصلوة بنوعها المنع من خدمة المولى وقضاء
حقوقه وفي القواعد في كتاب الحج وشرط المندوب ان لا يكون عليه حج واجب
واذن الوالي على من له عليه ولاية كالزوج والمولى والاب انتهى وقال في التذكرة
لا ينعقد للعبد الصوم تطوعا الا باذن مولاه لانه مملوك ليس له التصرف في
نفسه ومنافعه مستحقة لغيره وربما تضرر السيد بضعفه بالصوم فان اذن له صح
انتهى وقال في كتاب الحج منها وليس له ان يحرم بحج او عمرة الا باذن مولاه بلا خلاف لان
منافعه مستحقة لمولاه ويجب عليه صرف زمانه في اشغاله فلا يجوز ان يفوت حقوق
مولاه الواجبة عليه بالتزام ما ليس بلازم عليه فان احرم بغير اذن مولاه لم ينعقد
احرامه وللسيد منعه منه ولا يلزمه الهدي ولا بدله لان احرامه لم ينعقد
ولانه لا يملك ان يحرم لقوله تعالى عبدا مملوكا لا يقدر على شيء انتهى وقال في باب
ديات المملوك من التذكرة ليس للعبد ان ينكح بدون اذن سيده سواء اضطر اليه ام لا

كلام للعلامة مشتمل على الاستدلال بقوله تم لا يقدر على شيء على الحكم التكليفي ه

والالحاق له الوطي متى شاء وذلك يورث ضعف البنية ويتضرر به السيد وكذا التصرف
يتعلق برقبة العبد اما الهبة منه والوصية له فانه هبة للسيد ووصية له لا يصح
ان يملك العبد شيئا فان قبل المولى او العبد باذنه ملك المولى والا فلا ولا يصح
قبول العبد من دون اذن السيد لعدم رضاه بشيء ما لم يملكه وقال بعض
الشافعية وقال آخرون منهم يصح قبول العبد من دون اذن مولاه لانه اكتساب
لا يستعقب عوضا فاشبه الاصطياد بغير اذنه ولان العبد لو خالع زوجته
صح وثبت العوض ودخل في ملك السيد فهو كذا هنا وقال في التذكرة لو
ضمن بغير اذن السيد فالاقرب الجواز لانه تصرف في الذمة لا في العين ثم اعلم المضمون
له بالعبودية قبل الضمان لم يكن له الرجوع والا رجع لاعساره وسيأتي تمامه ثم تعم وبالجملة
فعليه ما ذكر انه في الاستدانة او التجارة ممنوع من التصرف في نفسه وما في يده ببيع و
اجارة واستدانة وغير ذلك من جميع العقود الا باذن مولاه فان لم يأذن فلا يقع وان
كره المولى انتهى ومقتضى التعليل بتضرر السيد المنع بدوران مدار الضرر وكذا
تعليل جواز الضمان بانه تصرف في الذمة لا في العين يقتضي ان ما لا يعد تصرفا في العين لا مانع
منه ويؤكد الدلالة المذكورة ما ذكره في ذيل قوله وبالجملة من جعل متعلق المنع هي
البيع والاجارة وغيرهما من العقود وقال المحقق الاردبيلي عند قول العلامة ره ولو
اذن لعبده في الاستدانة لزم المولى ما لفظه الذي يقتضيه ان العبد يملك وقال في
شرح عبارة المنتهى وان قال في التذكرة ان المشهور انه لا يملك وقد سبقت هذه
المسئلة ويمكن كونه محجورا عليه ولا شك في ذلك فيما اذا كان مستلزما للتصرف في
نفسه بحيث يتصور ضرر على المولى فلا يجوز بدون اذنه واما مطلقا حتى في التسبيح
او بعث من غير لزوم محذور فيمكن عدم الحجر عليه كما نقل عن بعض العامة في
التذكرة ولكن يمكن ان يؤول الى المنازعة والخصومة فيؤدي الى ضرر ويمكن كونه

مجمعا عليه

مجمعا عليه عند الاصحاب انتهى ثم بعد ذلك كله فالوجه الذي نعول عليه انما هي السيرة
المقتضية لجواز تصرف العبد في نفسه بما لا يتضرر به المولى ولا يوجب فوات حق منه
وترك مراعاة حقوقه التي ينتفع بها من المملوك مما زاد على القدر اللازم في التعيش
ولا اشكال في ثبوتها ثم لو فرضنا عدم استقرار السيرة على ذلك كان المرجع هو الاصل
الذي مقتضاه الاباحة لعدم دليل صالح للمنع مضافا الى ما عرفت من مساعدة
كلماتهم على ان الممنوع منه من تصرفاته انما هو ما ينافي الخدمة ويوجب تفويت حق
المولى هذا تمام الكلام في المقام الاول وبقي الكلام في المقام الثاني عند قول
المصنف ره وكيف كان فانشاء العبد لا يترتب عليها آثارها فلو قيل سواء كان
لنفسه في ذمته وبما في يده ام لغيره اشارة الى الخلاف في بعض صور المسئلة كما اشار
اليه في التحرير حيث قال لو باع العبد ما في يده باذن سيده صح وبغير اذنه يقف على الاجازة
وكذا لو اشترى بما في يده ولو اشترى في الذمة قال الشيخ ره الاقوى انه لا يصح
انتهى قوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وفي
الفقيه بسنده الى زرارة عن ابي جعفر ع وابي عبد الله ع الخ اقول لا يخفى عليك
ان الاية مع قطع النظر عن البيان الواقع لها في الحديث ليست ظاهرة في
الدلالة على المطلوب لان الظاهر من الوصف كونه للتقييد دون وصف الجنس
ومعلوم ان ذلك لا ينافي قوته على كون جملة لا يقدر وصفا للجنس وهو خلاف مراد
الظاهر لكن لما استشهد عليهما السلام بها لعدم جواز تصرف العبد دل ذلك على
ان الاية انما تدل على المطلوب بمعونة تفسير الحديث لها وعلى هذا فالجمع بينهما
بالاستدلال لا يجعلهما على وجه الاستقلال لا يخلو عن مسامحة قوله ره وكيف كان
فانشاء العبد لا يترتب عليها آثارها من دون اذن المولى اما مع الاذن السابق
فلا اشكال واما مع الاجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع لان المنع فيه ليس من جهة

العوضين اللذين يتعلق بهما حق المجيز اه اقول هذا هو المقام الثاني الذي
سابقا فيقع البحث فيه عن الحكم الوضعي بعقد المملوك من بيعه وغيره فاذا باع
ما يملكه كفاضل الضريبة او دية الجناية عليه كما قيل او اوقع العقد على وجه يستتبع التصرف
في ملك مولاه او صار وكيلا في ايقاع العقد بين المتبايعين او الزوجين او غيرهم
من اطراف العقد بدون اذن سابق من مولاه الحكم عليه بالصحة بلحوق الاجازة
منه ام لا فنقول انه قد وقع الخلاف في مسئلة نكاح المملوك على اقوال ليس هذا محل
تفصيلها والتعرض لها وقد رجح المصنف تلك بعض الاقوال فالحق بالنكاح
غيره من العقود لعدم القول بالفصل وحكم بصحة سائر عقوده اذا الحقها الاجازة
فعلى هذا يجري عليه حكم عقد الفضولي اذا الحقه الرضا ولكن الكلام هنا انما هو في
صحة عقوده بحسب القاعدة يعني انا ان حكمنا بصحة عقد الفضولي اذا لحقه الرضا
ولكن الكلام هنا انما هو في صحة عقوده بحسب القاعدة يعني انا ان حكمنا بصحة عقد
الفضولي ونفوذه بلحوق الاجازة يجري حكمه في عقد المملوك الغير المسبوق
بالاذن ام لا فنقول ان العقد الذي يوقعه المملوك لا يخلو عن قسمين احدهما
ان يوقعه على وجه يستتبع التصرف في مال مولاه كما لو باع ما هو ملك المولى فانه
يستلزم تسليط المشتري على التصرف فيه وكما لو اوقع عقد النكاح لنفسه فانه
يستتبع الوطي وهو تصرف في ملك مولاه من حيث كونه مورثا للضعف في بدنه
وكذا يستتبع المهر والنفقة على المولى وهذا القسم يصير بهذا الاعتبار الذي كون من اقسام
الفضولي واجازة المولى حينئذ تفيد الرضا بالاثار التي تترتب على العقد من المهر والنفقة
وغيرهما او سلطان الغير واحتمال عدم الوقوع ليس ناظرا الى هذا القسم فافادة الاجازة
اللاحقة حينئذ مسلمة عنده ايضا وثانيهما ان يوقع العقد على وجه لا يستتبع التصرف في
ملك المولى بان يبيع ما يملكه كفاضل الضريبة او ارش الجناية او تزوج على ان يكون

النفقة

النفقة والمهر في ذمته فان ذلك مما وقع التصريح بجوازه في كلام جماعة من فقهائنا وحكم
انه يتبع به بعد العتق ولا يزاحم به المولى وهذا القسم هو الذي استشكل فيه العلامة في ان
الاجازة اللاحقة لا تفيده الصحة بحسب القاعدة وان قلنا بصحة الفضولي بلحوق الاجازة
وذلك لان اجازة عقد الفضولي انما تؤثر من جهة كونه قابلا للاجازة مجيزة
واما ما لم يجز فقابليته فالاجازة لا تفيد حدوث القابلية فيه لان الشيء اذا وقع
على وصف لم يخرج عما وقع عليه الى غيره والمفروض ان مضمون العقد الذي هو نقل
العوضين مما لا دخل له بالمولى فلا يبقى الا صدور لفظ الصيغة من عبده الذي
يتحقق هو منافعه ويلزم استيذانه في صدوره منه وقد وقع العقد منه في حال
وقوعه غير ماذون فيه من جانب المولى بل مستقلا به العبد وقد افادت الاية الكريمة
كونه غير قادر بمعنى كونه مستقلا في فعله بنفسه بل لا بد من استيذانه من المولى في ان
فعله الذي استقل به غير ماض فلا يترتب عليه الاثر ومن المعلوم ان الرضا اللاحق
لا يجعل الفعل الذي استقل بايقاعه العبد من دون اذن المولى ماذونا فيه حال
وقوعه مقدورا له واقعا باذن المولى في حال وقوعه والا لزم خروج الشيء عما هو عليه
عند وقوعه فالمحل غير قابل للحوق الانشاء اذ لا بد من كون المحل بحيث لو قلنا بكون
الاجازة كاشفة صح الاستكشاف بها عن وقوع العقد صحيحا في حال وقوعه
ومثل هذا العقد الذي صدر من المملوك من دون استيذان السيد ليس قابلا لان
يستكشف بالاجازة عن وقوعه صحيحا هذا واورد عليه بان هذا القسم الثاني يدخل
في التصرفات الجزئية التي منع صحتها المصرح من حيثها استنادا الى السيرة المستمرة على
العبيد بمثل ذلك من المنافع الجزئية فلا يحرم ولا يتوقف على الاجازة حتى يمنع افادتها
الصحة في هذا القسم فهو خارج عن محل الكلام كما انه خارج عن عنوان الاية لخروج
التصرفات الجزئية بالسيرة ويمكن دفعه بانه ليس ظاهرا انه من قبيل العقد المجرد عما لا يتوقف

على اذن المولى ويندرج في التصرفات الجزئية فان منها عقد النكاح المتعارف ايقاعه في محفل
يدعى اليه جماعة كثيرة مع ما يجري فيه من المكالمة فيما بين اولياء الطرفين في تقدير المهر
واشتراط الشرائط وما يجري من استنطاق المعقود له واعادة السؤال عنه الى ان يكمل
عليها ما لا يعد بقيه وغير ذلك مما ينافي خدمة المولى ويفوت حقه بل هو الغالب
قطعا وكذا غير ذلك من العقود فلا يتوقف وقوعه على طول زمان كالصلح المتعارف
اجراؤه في المجالس التي يجتمع فيها التجار لقطع المحاسبة وفصل المنازعة بين
شخصين وقع بينهما الخلاف منهم والظاهر ان هذه القضية الجزئية التي
اشرنا اليها مما لا ينبغي الارتياب فيه كما لا ينبغي التامل في انها كافية في تصحيح كلام
المقرر وافية بدفع الايراد عنه لوضوح ان المصنف لما قرر صحة الحكم فقوله لكن
الان الاقوى هو لحوق اجازة المولى لعموم ادلة الوفاء بالعقود المخصص اي الدال
على عدم ترتب الاثر على عقد العبد من دون مدخلية المولى اصلا سابقا ولاحقا لا
مدخلية اذنه السابق ولو سلم انفهم وجب الاخذ بالعموم في صورة الشك او يقال
ان هذا ينافي ما افاده من عدم قابلية الانشاء الصادر من المملوك على وجه لا يكون
تصرفا في مال المولى كما لو فرض انه صار وكيلا في مجرد ايقاع الصيغة وغير ذلك
للحوق الاجازة ووجه المنافاة انه ان كان الانشاء غير قابل للاجازة وليس صالحا حينئذ
الانشاء لتلبس الصحة بواسطتها كما افاده ره بقوله فكلما صدر عنه من دون مدخلية
المولى فهو شرعا بمنزلة العدم فكيف يصح التمسك بالعموم في تصحيحه في صورة
الشك وغيره بل كيف يتصور الشك في المورد الذي يليق به الالتزام بعدم
الصحة حينئذ ومع انه اذا كان انشاؤه بمنزلة العدم لا يعقل ان تفيد الاجازة صحته
ضرورة انها لا تجعل المعدوم شيئا موجودا ولا يخفى عليك اندفاعه لانه ره لم يحكم بكونه
غير قابل للاجازة وليس مراده بكون ما صدر عنه كالعدم الا كونه كذلك في صورة عدم

مدخلية المولى كما صرح بالتقييد به في العبارة المذكورة بل انما حكم بان المراد بعدم قدرة العبد
عدم استقلاله في الامور حتى انه لو استقل كان ما اوقعه فاسدا ولهذا قال ره فان تصرفات
العبد لا يترتب عليه اثارها من دون اذن المولى اما مع الاذن السابق فلا اشكال في
في الصحة لانه لم يستقل بالعمل وانما صدر عن اذن المولى ثم انه ره احتمل عدم الوقوع مع
الاجازة اللاحقة نظرا الى ان العقد في حال وقوعه لم يكن صادرا عن اذن المولى وصدق
على ايقاعه الاستقلال والمباشرة بدون اذن المولى والاجازة اللاحقة لا تصير ما وقع
بغير اذن واقعا باذن ثم دفعه ره هذا الاحتمال بان عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود
واف بوجوب الوفاء بعقد العبد لصدق اسم العقد عليه وقوله تعالى لا يقدر على شيء
انه غير مستقل بحيث يؤثر مع عدم انضمام رضا المولى اليه سابقا ولاحقا فالمخصص
الحاصل من الاية الثانية بالنسبة الى الاية الاولى ليس باشتراط الاذن السابق
بل ما هو اعم منه ومن الرضا اللاحق فلا يكون العقد الملحوق بالرضا والاجازة
مما استقل به المملوك والحاصل انه ره ما يدعي ان كلما وقع بغير اذن مما وقع
عليه حتى يقال ان ذلك محال وانما يدعي ان مباشرة العقد الذي يلحقه الاجازة
ليست استقلالا وان شئت عبرت عن ذلك بعبارة اخرى فقلت ان المؤثر
ليس فعله وحده بل هو واجازة المولى جميعا وانت ان كنت ممن يتفطن لدقائق
العبارات امكنك بعض ما نبهناك عليه الاحاطة بجميع اطراف كلام المقرر ره
وكشف حقيقة مقصوده فنقول قوله لكن ويؤيد ارادة الاعم من الاجازة
الصحيحة السابقة فان جواز النكاح يكفيه لحوق الاجازة فالمراد بالاذن هو الاعم في
او يرد عليه بانه بعد البناء على ان عقد المملوك غير قابل للحوق الاجازة والاتصاف
بالصحة بواسطتها وبعد دعوى دلالة قوله تعالى لا يقدر على شيء على ذلك لا مجال
لدلالة الصحيحة على افادة الاجازة اللاحقة على صحة العقد الملحوق بها فلا بد دعوى دلالتها

على ذلك بعد وضوح دلالة الآية المذكورة على عدم قابلية عقده للحوق الإجازة من الأول
لأن نفي القابل لا يمكن أن يصير قابلا قطعا نعم لو قلنا بأن الآية المذكورة مجملة
كما هو مقتضى التحقيق كان التمسك بالصحيحة في إثبات كفاية لحوق الإجازة صحيحا
هذا ولا يخفى عليك اندفاعه بعد ما بيناه في دفع ما قبله من الإيراد في الحاشية
السابقة لأنك قد عرفت أن الآية نص في عدم القدرة بالاستقلال على وجه لا يكون
للسيد مدخل فيه غاية ما في الباب أنه احتمل عدم كفاية الرضا اللاحق فيكون
التمسك بالصحيحة لدفع ذلك الاحتمال فافهم قوله ولا يلزم منه تأخير
البيان لأن الكلام المذكور مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق
هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أنه إذا كان الإذن في قوله عبدا مملوكا
لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيده أعم من الإذن السابق والإجازة
اللاحقة والمفروض أن الثانية لا تفيد في الطلاق كما اعترف به وصرح بخروجه
عن هذا الإطلاق بالدليل فيلزم تأخير البيان باعترافه وتقرير الجواب أن
الإذن في الكلام المذكور أي في قوله المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن
سيده وإن كان أعم من الإجازة اللاحقة بقرينة عد النكاح مما يعتبر فيه الإذن
إلا أن المفروض المسوق له ذلك الكلام ليس هو بيان تفاصيل أحكام الطلاق
حتى يلزم تأخير البيان بترك بعضها وإنما الغرض هو بيان أن الاستقلال
في الطلاق للعبد بأن يباشره من دون اطلاع المولى بل كراهته منفي في الشرع
عن العبد فالكلام مسوق لمجرد بيان جنس الحكم الذي هو عدم مشروعية
الاستقلال في حقه وإن شئت قلت أن تأخير البيان عن وقت الحاجة إنما هو
الممنوع دون تأخير البيان عن وقت الخطاب ومع فرض كون الكلام مسوقا
لبيان جنس الحكم لا يكون محل حاجة المخاطب ما زاد على ذلك بدلالة كون

المتكلم

المتكلم حكيما بل معصوما فلا يلزم من السكوت عما زاد عليه تأخير البيان عن وقت الحاجة
وأما مع فرض كون الغرض بيان التفاصيل فقد يكون وقت الخطاب وقت
الحاجة فيلزم التأخير عن وقتها والحديث من قبيل الأول دون الثاني
قوله ويؤيد المختار بل يدل عليه ما ورد في صحة نكاح العبد الواقع بغير إذن
المولى إذا أجازه معللا بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجازه جاز الخ اعلم أنه قد (هو العلامة الطباطبائي ره)
استفاد بعضهم من هذه الرواية أن مناط فساد المعاملة عبارة عن كون النهي قد نشأ
من تلك المعاملة إما من ذاتها أو من جزئها أو من وصفها اللازم الغير المفارق
بدلالة قوله ع إن ذلك ليس كإتيانه ما حرم الله عليه من نكاح في عدة وأشباهه فإن
النهي عن النكاح في العدة إنما نشأ منه لا من أمر خارج وإن كان منشأ النهي هو
الأمر الخارج لم يوجب فساد المعاملة وقد استفاد بعض آخر منها أن مناط فساد (هو شريف العلماء ره)
المعاملة إنما هو تعلق النهي بذات المعاملة فإن تعلق بها كان ذلك موجبا لفسادها
وإن لم يتعلق بها لم يكن موجبا لفسادها واستشهد بقوله ع إن ذلك ليس
كإتيانه ما حرم الله عليه من نكاح في عدة وأشباهه نظرا إلى أن النهي قد تعلق
بذاتها والفرق بين القولين هو أنه لو كان بيع مثلا في حال تضيق وقت الصلوة
كان قوله ذلك من قبيل ما تعلق النهي بذاته ولم يكن من قبيل ما نشأ منه النهي
فيفسد على الثاني دون الأول وزعم بعض من تأخر أن المستفاد منها أنه إن
كان النهي مما يمكن أن يتبدل بالرضا كالنواهي المتعلقة بالخلق فإنه حيث يبغضه ولهم فيتبدل رضاهم
بالكراهة كما قد يتبدل كراهتهم بالرضا فلا يوجب مثل ذلك النهي الفساد فإذا
تبدل بالرضا صحت المعاملة وإن كان مما لا يتغير ولا يتبدل كنواهي الله سبحانه
فإنها لا تتبدل بالرضا والإجازة فلذا يوجب مثل ذلك النهي الفساد ثم أورد على
ذلك البعض بأن المستفاد من الرواية إنما هو الأول فمناط فساد المعاملة هو لا غيره

وما ذكره الامام قدس سره من قوله فاذا اجازه جاز بيان للصحة الحاصلة في هذا المورد الخاص و
بعبارة اخرى هو بيان لكون المورد مورد الاجازة وليس بيانا لمعيار فساد المعاملة
بالنهي والحاصل انه ثم يبين ان معيار فساد المعاملة هو كونها منافية للنهي ولما
كان في هذا المورد الذي هو معاملة العبد قد يتبدل عدم الاذن بالرضا نبه عليه
على خاصية المورد وهي كونه بحيث اذا تبدل بالرضا صح فتكون الاجازة على هذا مؤثرة
وبه فعلم ان الفقرة ليس بصدد استفادة معيار فساد مطلق المعاملة من الرواية
وان المعيار في الفساد عدم تبدل النهي بالرضا وفي الصحة تبدله به وليس في مقام
التنبيه على معيار فسادها اصلا ومقصوده انما هو استفادة معيار صحة معاملة
المملوك وفساده وانه اذا تبدل عدم الاذن في معاملته بالاذن صحت والا فلا
الا ترى الى قوله قده فيكون الحاصل ان معيار الصحة في معاملة العبد بعد كون
المعاملة في نفسها مما لم ينه عنه الشارع وهو رضى سيده بوقوعه سابقا
او لاحقا وانه اذا عصى سيده بمعاملة ثم رضي السيد بها صح الى اخر ما ذكره كيف
قيد معيار الصحة بكونه في معاملة العبد بل اعتبر التقييد بكون المعاملة في
نفسها مما لم ينه عنه الشارع واين هذا من بيان معيار فساد مطلق المعاملة
[illegible] تقريب ان الرواية تشمل ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه وحمله
على ما اذا عقد الغير له مناف لترك الاستفصال عرضه قده بهذا الكلام هو الاشارة
الى ان لفظ الصيغة الصادر بغير اذن اذا لحقه اجازة السيد افادته تأثيرا
والسر في ذلك انه اذا اوقع المملوك صيغة النكاح بنفسه اجتمع هناك جهتان
احديهما حرمة التصرف في ملك المولى بالوطي وكذا لزوم المولى بالنفقة والمهر
والاخرى التلفظ بصيغة النكاح بدون اذن المولى فالاجازة اللاحقة تفيد الصحة
من الجهة الاولى فيترتب الاثار على صيغته بلحوقها وكذا من الجهة الثانية فان

لحوقها

فان لحوقها يجعل الصيغة بمنزلة المأذون فيها ابتداء وبهذا تم الكلام في الصيغة
التي اوقعها المملوك وكالة عن الغير ونحو فضولي ومن ذلك يعرف انه استشهاد
بعض بهذه الروايات على صحة عقد العبد وان لم يسبقه اذن ولم يلحقه اجازة بل
ومع سبق النهي انتهى اه قال في الجواهر ان القول بالصحة وان لم ياذن المولى بل
مع نهيه لا يخلو من قوة وان اثم العبد بايقاعها لانه من منافع المملوكة للسيد الا ان
الحرمة لا تنافي الصحة هنا بعد ان لم تكن للمعاملة من حيث كونها كذلك كما صرح
به شيخنا في شرحه في المقام بل يومي اليه ما ورد في تزويج العبد نفسه فضولا
عن مولاه فاجازه اذ لا ريب في اثمه بايقاع نفس العقد الذي هو تصرف في لسان
العبد المملوك للسيد بالنسبة الى ذلك فظهر ان معصية العبد في الفرض لا تنافي
الصحة والاثم تنفع اجازة المولى بعد ذلك في الصحة ضرورة تحقق الاثم الذي
لا يرفعه الا الاستغفار والتوبة انتهى وتحصيل الكلام في هذا المقام هو انه لا يخلو
اما ان يكون عقد العبد على مال المولى او على ما في يد العبد واما ان يكون على مال
الغير باذنه او على ما يكون في ذمته كضمانه المال عن غيره او دين وجنسه او نحوهما
اما القسم الاول فلا ريب في توقفه على الاذن من المولى حتى فيما في يد العبد وان قلنا
بملكه بدلالة الكتاب والسنة وظهور الاجماع عليه القاضية بكونه محجورا عليه
قوله تعالى لا يقدر على شيء يفيد الحجر عليه وان لم يكن نصا ولا ظاهرا في حرمة تصرفه
ولا فرق بين الاذن السابق والاذن اللاحق بل قد يقال ان الاذن
اللاحق مما يفيد الصحة حتى في صورة سبق النهي من المولى عن عقده عليه
تمسكا بظاهر النص واما القسم الثاني فتفصيل المقال فيه انه قد اختلف
فيه كلماتهم فالمحكي عن ظاهر كثير من العبارات انه يحكم بصحته مع الاذن فيه او موقوفه
عليه فان تحقق او لاحقا حكم بصحته والا فلا والذي حكاه الفقرة عن بعض هو

صحة العقد وان لم يسبقه اذن ولم يلحقه اجازة بل سبقه النهي فان اراد به حجتنا الجواهر
فعبارته لا تعطي الصحة مع انتفاء الاجازة اللاحقة فان غاية ما يستفاد منها هو
الصحة مع عدم الاذن بل النهي السابق بل نقول ان الظاهر من العبارة المذكورة
هو كون اعتبار الاجازة مسلما لا يفصح عنه قوله والا لم تنفع اجازة المولى بعد
ذلك في الصحة اه وكيف كان فالمشهور اختاره القول وبين ان الحرمة لا تقتضي سيما
في فساد العقد ويشهد له انه لو قال في اثناء الصلوة او في الوقت المضيق للواجب
بعت او انكحت فقبل صاحبه ثم تقع العقد فاسدا بل الحكم عليه بالصحة اجماعا
وبين ما تقدم ان التحقيق ان المستند في الفساد هو الاية المتقدمة واورد عليه اولا
بان الاية ظاهرة في مجرد الحكم التكليفي وانه لا يسوغ له شيء بدون اذن سيده وليس
فيها دلالة على الحكم الوضعي وفيه ثانيا بان المتبادر من معنى الاية انه لا يقدر على شيء
يعود اليه بحيث ينافي مالكية المولى وسلطنته عليه وذلك غير قاض بعدم قدرته
على ما يعود الى غيره او اليه بعد عتقه كضمانه عن الغير في الذمة او ضمانه لمهر زوجته
في حال العقد عليها فانه يصح ضمانه ويتبع به بعد عتقه او ما يعود اليه بالفعل
لكن على وجه لا ينافي مالكية المولى كطلاقه لزوجته التي ليست مملوكة لمولاه وقد
قد يشعر بذلك رواية المرادي عن ابي عبد الله عم عن العبد هل يجوز طلاقه
فقال ان كان لامتك فلا ان الله تعالى يقول لا يقدر على شيء وان كان لامة قوم
اخرين او حرة جاز طلاقه وفي نصوص كثيرة ان الطلاق الى العبد الا اذا
تزوج امة مولاه فالامر بيد مولاه وعليها تحمل ما نطق بالطلاق عدم صحة
الطلاق من المملوك بل في جملة من الاخبار دلالة على ان المراد بالشيء الذي
نفي القدرة عليه من العبد انما هو خصوص الطلاق وخصوص النكاح
والطلاق كما عن التهذيبين والفقيه انه لا يقدر على شيء الطلاق

وفي خبر

وفي خبر شعيب عن الصادق عم عن طلاق العبد فقال عم ليس له طلاق ولا نكاح اما تسمع
قوله تعالى لا يقدر على شيء قال لا يقدر على طلاق ولا نكاح الا باذن مولاه وعن تفسير
علي بن ابراهيم لا يقدر على شيء قال لا يتزوج ولا يطلق الى غير ذلك مما يقتضي
بعدم ارادة حقيقة العموم واحتمال ارادته والتزام التخصيص بعيد جدا ولا اقل من
احتمال ذلك على وجه يقدح في الاستدلال به على الفساد وثالثا ان من المحتمل قريبا
ارادة انه لا يقدر على التصرف بماله الخاصة كما قد يشعر به مقابلته بمن رزقناه منا رزقا حسنا
فهو ينفق منه الاية وفي كل لا يخرج اما ان يكون كلام المورد ناظرا الى نفس الاية مع قطع
النظر عما ورد في بيانها من الاخبار واما ان يكون ناظرا اليها باعتبار ما ورد في بيانها
اما على الاول فيأبى عما ذكره المورد سياق الاية وملاحظة ما قبلها وما بعدها لان الله تعالى
قال والله جعل لكم من انفسكم ازواجا وجعل لكم من ازواجكم بنين وحفدة و
رزقكم من الطيبات افبالباطل يؤمنون وبنعمة الله هم يكفرون ويعبدون من دون
الله ما لا يملك لهم رزقا من السموات والارض شيئا ولا يستطيعون فلا تضربوا لله
الامثال ان الله يعلم وانتم لا تعلمون ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر
على شيء ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا هل يستوون الحمد لله
بل اكثرهم لا يعلمون وضرب الله مثلا رجلين احدهما ابكم لا يقدر على شيء وهو كل
على مولاه اينما يوجهه لا يأت بخير هل يستوي هو ومن يأمر بالعدل وهو على صراط
مستقيم وذلك لان الايات وردت في ذم عبدة الاصنام ولهذا قال في المجمع
افبالباطل يؤمنون يعني بالباطل الاوثان والاصنام وما حرم عليهم الشيطان
من البحائر وغيرها اي فبذلك يصدقون وبنعمة الله التي عددها يجحدون
وقيل يريد بنعمة الله التوحيد والقرآن ورسول الله صلعم انتهى ويشهد بما
قلناه قوله تعالى ويعبدون من دون الله ما لا يملك لهم رزقا وما ذكره في المجمع من

قوله ولا تضربوا لله الامثال اي لا تجعلوا لله الاشباه والامثال في العبادة فانه لا شبيه
له ولا مثل ولا احد يستحق العبادة سواه واعلموا ذلك في اتخاذهم الاصنام آلهة
انتهى وما ذكره فيه تنقيح من قوله ثم بين سبحانه للمشركين امر ضلالتهم فقال ضرب
مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء اي بين الله مثلا فيه بيان المقصود تقريبا
للخطاب الى افهامهم ثم ذكر ذلك المثل فقال عبدا مملوكا لا يقدر من امره على
شيء ومن رزقناه منا رزقا حسنا يعني حرا رزقناه وملكناه مالا ونعمة فهو
ينفق منه سرا وجهرا لا يخاف من احد هل يستويان ولم يقل يستوون لانه اراد
تقوله ومن رزقناه وقوله عبدا مملوكا الشيوع في الجنس لا التخصيص يريد
ان الاثنين المتساويين في الخلق اذا كان احدهما مالكا قادرا على الانفاق
والاخر عاجزا عن الانفاق لا يستويان فكيف يسوى بين الحجارة التي لا تعقل
ولا تتحرك وبين الله عز اسمه القادر على كل شيء الخالق الرازق لجميع خلقه
وهذا معنى قول مجاهد والحسن وقيل انه مثل للكافر والمؤمن فان الكافر ٣ هذا م
لا خير عنده والمؤمن يكسب الخير عن ابن عباس وقتادة نبه الله سبحانه بذلك
على اختلاف حاليهما ودعى الى حال المؤمن وصرف عن حال الكافر انتهى وبعد
الاحاطة بما ذكر يعلم ان المراد بعدم القدرة انما هو معناه الحقيقي وعدم
التمكن راسا من ايجاد الفعل لا معناه المجازي الذي هو عدم ترتب الاثر
على ما اوجده وحجته شهادة السياق ودلالة اصل الحقيقة وان ذلك نعت
العبد به انما هو التقييد على ما هو الاصل في الوصف وانه ليس من اوصاف
الجنس ويشعر بهذا عدم كون قوله تعالى لا يقدر على شيء عقيب قوله تعالى احدهما
ابكم وصفا للجنس في اذ قد عرفت ذلك كله علمت ان دعوى ظهور عدم
القدرة في الحكم التكليفي الذي هو الحرمة واضحة السقوط الا ان دعوى كون

المبادر

المبادر من نحو الاية عدم القدرة على شيء يعود اليه بحيث ينافي مالكية المولى و
الى اخر ما ذكر في الايراد الثاني واضحة الفساد اذ محصلها عدم ترتب الاثر
على التصرف المنافي لسلطنة المولى ومالكيته فلا مساس لشيء منهما بما هو الغرض
المسوق له الكلام كما لا مساس بما ذكر في الايراد الثالث من ان الاحتمال
القريب في الاية هو ان يكون المراد عدم ترتب الاثر على التصرف المالي خاصة
لما عرفت من ان فاعله شهادة السياق ودلالة الحقيقة هذا واما على الثاني
فيتجه عليه انه قد ورد الخبر في عدم صحة طلاقه ولو كان حصول الطلاق
امة مولاه وقد استشهد فيه بما ندعي ظهور الاية في الحكم التكليفي
مع ملاحظة ما ورد في بيان انه في غاية السقوط مضافا الى ما يتجه على المورد
اولا من ان دعوى ظهور الاية في الحكم التكليفي كما هو مقتضى الايراد الاول
ينافيها دعوى ان المتبادر منها نفي الحكم الوضعي بالنسبة الى شيء يعود اليه بحيث
ينافي مالكية المولى وسلطنته عليه وثانيا ان الالتزام بكون الشيء المنفي
عبارة عن الطلاق وحده او عبارة عنه وعن النكاح على وجه الخصوص
مما لا يخفى قبحه ومنافاته لمثل قوله تعالى افبالطلاق مما يعطي ارادة العموم
واما ما ذكره من الاعتبار فليس بصحيح ولا ظاهر في كون الشيء عبارة عن
خصوص الطلاق او عنه وعن النكاح لاحتمال ان يراد منها بيان الفرد
الخفي الذي لم يعلم المخاطب اندراجه في العموم ومثل هذا التعبير المشتمل
على الحمل من قبيل المتعارف في مقام رد انكار المخاطب ورفع جهله الا ترى
انه يقال في مقام من قال لا علم في البلد العالم زيد والعالم عمرو ونحو
في صورة عدم انحصار العالم فيهما او في احدهما لكن عنده كونهما من الافراد
الخفية وهذا انما هو بالنسبة الى الحديث الاول واما الاخبار فاما ثم

في غاية الخفاء ودلالتهما على كون المقصود بيان ما هو من افراد الكلام اظهر هذا
والعقل الاصرار المذكور ثم دعوى ظهور الآية في الحكم التكليفي وان ابيت الا عن
دلالتها عليه فاجعلها اعم منه ومن الحكم الوضعي كما هو المحتمل من كلام
العلامة ره في التذكرة فانه قد استدل بالنسبة الى الحكم الوضعي في موارد ونقل
في ذيل اول ما علقناه على هذه المسألة منه ره ما يحتمل ارادة الاستدلال بها
على الحكم التكليفي حيث قال ولانه لا يملك ان يحرم لقوله تعالى عبدا مملوكا لا يقدر
على شيء انتهى ولكن الانصاف ان الآية مجملة لا مجال للاستدلال بها وان
تمسك بها من تمسك في موارد كثيرة فوكيل لو امر العبد احد ان يشتري نفسه من
مولاه فباعه مولاه صح ولزم هذا الفرع فلذا وقع التعرض له في هذا المقام من
المحقق ره وغيره واختلف انظار الناظرين فيه فقيل ان الغرض منه التنبيه على
التوسعة في اذن المولى حيث كان المقام مقام البحث عنه فالمقصود من ذكر
هذا الفرع هو الاشارة الى ان اذن المولى حيث كان المقام مقام البحث عنه
فالمقصود من ذكر هذا الفرع هو الاشارة الى دفع ما قد يتوهم في هذا المقام
الذي هو مقام ذكر شرائط البيع من ثبوت شرط اخر له وهو مغايرة المشتري
للمال الذي اشتراه فالمقصود بالفرع هو التنبيه على انه لا مانع من كون المشتري
عين المشترى وقيل ان الغرض منه الاشارة الى انه لا مانع من اتحاد الموجب
والقابل وهي مسألة وقع الخلاف فيها بين الفقهاء كما يجوز في المرأة
البالغة الرشيدة تزويج نفسها وتزويج غيرها نفسها مثل بنتها واختها
ويصح ان تكون وكيلة في ايجاب وقبول وفيه خلاف انتهى خلافا للقاضي في هذه
المسألة بخصوصها زعما منه انها من باب اتحاد الموجب والقابل ولهذا علل
بهذا التعليل كما اشار اليه المصنف ره هذا ولكن لا يخفى عليك ان الاوسط في غاية

البعد

البعد لكونه من الاشارة اليه في اللفظ ولا في المقام وانه لو كان المقصود بالعبارة ذلك
لزم ان يكون الاعتماد في الوصول اليه على المكاشفة دون طرق الدلالات المتعارفة
والاقرب الى اللفظ والانسب بالمقام انما هو الاول ولكن جعل المخالف في
المسألة هو القاضي دون غيره كما فعله المصنف ره يؤيد كون مراده هو الثالث بل لا يكاد
٢ص ص غير موجه تعليله باتحاد عبارته عبارة السيد فيتحد الموجب والقابل وعلى
كل حال فالحق هو القول بالصحة اما على الاول وهو ان يكون محل الكلام هو
توسعة الاذن فلان تعريض المولى اياه للبيع اذن له في الشراء او بعبارة اخرى هو
اذن له في قبول الوكالة من جانب الغير والمباشرة للاشتراء وكذا صدور ايجاب
البيع من المولى مخاطبا اياه يدل على الاذن له في ذلك واما على الاخير وهو
اتحاد الموجب والقابل فلانا نمنع كون الاتحاد قادحا مضافا الى انا لو سلمنا
كونه قادحا لم يلزم منه بطلان هذا العقد الصادر من المولى وعبده اذ ليس هذا
المورد من اقسام اتحاد الموجب والقابل ضرورة تعدد الموجب والقابل فالمولى
موجب والعبد قابل ودعوى اتحاد عبارة العبد وعبارة السيد واضحة السقوط
ضرورة تغاير الشخصين ثم لو فرضنا ان مناط البحث انما هو الاوسط كان الوجه
هو القول بالصحة ايضا لان اتحاد المشتري والمشترى من الامور الاعتبارية
التي لا دليل على قدحها فيكفي هذا اذا امر الآمر بالاشتراء من مولاه
فانه امر بالاشتراء من وكيل الموصي المولى وعن جماعة منهم المحقق والشهيد
الثانيان انه لا يصح لعدم الاذن من المولى قال في لك عند قول المحقق ره
ولو امره آمر ان يبتاع نفسه من مولاه قيل لا يجوز والجواز اشبه ما لفظه
وجه المنع اعتبار التغاير بين المتعاقدين وعبارة العبد كعبارة سيده او اشتراط
اذن المولى في تصرف العبد ولم يسبق منه اذن ويندفع الاول بالمغايرة

الاعتبارية كافية ومن ثم احتمل ان لا يكون الواحد الحقيقي موجبا قابلا فيها اولى
والثاني بان مخاطبة السيد له بالبيع في معنى التوكيل له في تولي القبول وبه يظهر
جواب ما قيل من ان قوله من مولاه مستدرك لانه قد يتشوق الانسان فانه ربما
احترز به عن شرائه نفسه من وكيل مولاه فانه قد لا يصح نظرا الى وقوعه بغير اذن
المولى بخلاف ما لو وقع من المولى فانه في معنى الاذن والاقوى الجواز
انتهى وقد يلوح من كلام المعترض اختيار القول بعدم الصحة في مفروضنا
الذي هو الشراء من وكيل المولى واختار بعض من تاخر القول بالصحة
نظرا الى ان اطلاق وكالة الوكيل يجعله في حكم المالك الذي هو المولى فيكون
تعريضه العبد للعبد في قبول الوكالة وبذلك يصح المعاملة واما كون وكالة
الوكيل مخصوصة بالبيع فانه خارج عن مفروض المقام فجعل الخلاف ناظرا
الى تلك الصورة عدول عن محل الكلام هنا وانت خبير بما فيه اذ لم يجر
احد من الفقهاء هذا النزاع في الوكيل المطلق حتى يخرج فرضه في الخاص بالبيع
عن محل الكلام وهو واضح فالتحقيق ان يقال ان كانت وكالة الوكيل مطلقة
شاملة لاذن المملوك صار حكم الفرض حكم الشراء من المولى بنفسه وان
كانت وكالته خاصة بالمبيع فلم تشمل غيره لم يصح البيع لا من جهة النهي فانه
في مثل المقام لا يفيد الفساد بل من جهة ما دل على عدم صحة تصرف العبد
من غير اذن سيده اللهم الا ان يلتزم باندراج مثل ذلك في عنوان الفضولي
ووجوب ادلة صحته بلحوق الاجازة فيه ولكن هذا اخر الجزء الثاني من
كتاب غاية الامال ويتلوه الكلام في الجزء الثالث في اشتراط كون
المتبايعين مالكين او ماذونين من المالك او الشارع
ويجري الكلام في الفضولي والحمد لله وسلام على سيدنا
١٢٠ ١٣
چهارشنبه ع م شهر ذي القعده والسلام فيه تم

تعريضه للبيع او ايجابه اذنا م